

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Sentencias en Segunda
Instancia y Nulidades
(En Materia Penal)**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Amadeo Artiga Alas

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Junio de 1978

TRIBUNALES EXAMINADORESEXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

PRESIDENTE: DR. MANUEL ARRIETA GALLEGOS
1er. VOCAL; DR. OSCAR LACAYO ROSALES
2o. VOCAL: DR. JORGE ALBERTO BARRIERE

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

PRESIDENTE: DR. RONOLDY VALENCIA URIBE
1er. VOCAL: DR. VICTOR MANUEL CORTEZ CASTRO
2o. VOCAL: DR. REYNALDO SANTIAGO QUEZADA

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

PRESIDENTE: DR. RONOLDY VALENCIA URIBE
1er. VOCAL: DR. MARIO ANTONIO SOLANO
2o. VOCAL: DR. SALVADOR MARTINEZ LOVO

ASESOR DE TESIS

DR. FRANCISCO VEGA GOMEZ h.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: DR. MANUEL ARRIETA GALLEGOS
1er. VOCAL: DR. JOSE ARTIGA SANDOVAL
2o. VOCAL: DR. EDUARDO CALDERON RAMOS

D E D I C A T O R I A

AL TODOPODEROSO.

A LA MEMORIA DE MI PADRE:
DR. ANADEO ARTIGA

A MI ANTIANTISIMA MADRE:
MARTA ALAS v. DE ARTIGA

A MI QUERIDA ESPOSA:
MARIA CARMEN ARTIGA DE ARTIGA

A MIS ADORADOS HIJOS:
EVELYN JEANNETTE
BELICARIO ANADEO
MARTA DEL CARMEN
VERONICA
RAFAEL MAURICIO ANTONIO
MANUEL DE JESUS

A GLADYS ESTELA Y JOSE MIGUEL

A TODOS AQUELLOS QUE EN ALGUNA FORMA HAYAN CONTRIBUIDO
A LA OBTENCION DE MI TITULO ACADÉMICO.

I N D I C E

	Página
I.- INTRODUCCION	I
II.- DERECHO PROCESAL CIVIL Y DERECHO PROCE- SAL PENAL	3
III.- DE LA INSTANCIA	
1 - Concepto	17
2 - Instancias en nuestra legislación . .	32
3 - Instancias en el Proceso Penal. . . .	35
a) Consulta	37
b) Apelación	40
c) Revisión	41
4 - La Casación no da lugar a instancia .	44
IV.- DE LAS NULIDADES	
1 - Concepto	50
2 - Nulidades del Proceso. Nulidades Abso- lutas	66
a) Incompetencia	73
b) Condiciones Objetivas de Persegui- bilidad	75
c) Condiciones Objetivas de Penalidad	81
d) Otras Nulidades	83
3 - Efectos de Nulidades Absolutas . . .	89
4 - Nulidades de actos o procedimientos. Nulidades Relativas	89
a) Nulidades de los actos judiciales en general. Subsanación	92
b) Nulidad del veredicto	99
c) Nulidad del fallo o sentencia . .	106
5 - Efectos de las Nulidades Relativas. .	107

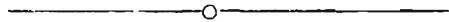
V.- DE LAS SENTENCIAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1 - De las sentencias en general. Concepto. Objeto. Formalidades	110
2 - Resoluciones en el Proceso Penal	120
a) Decretos de sustanciación	121
b) Sentencias Interlocutorias Simples.	122
c) Sentencias Interlocutorias con fuerza de definitivas	124
d) Sentencias Definitivas.	125
3 - Sentencias en Segunda Instancia	138
a) Potestad jurisdiccional del Tribunal	138
b) Formalidades	140
c) Plazo para resolver	143
d) Contenido del Fallo: Consulta, <u>Apelación</u> , Revisión	143
e) Condenaciones Accesorias. Costas	145
f) Devolución del Proceso	147
g) Ejecución	152
h) Efectos	154
4 - La Cosa Juzgada	159
5 - Resoluciones Extraordinarias que modifican la sentencia definitiva	167
a) Suspensión condicional de la ejecución de la pena	167
b) Libertad Condicional	168
c) Amnistía	169
d) Indulto	171
e) Conmutación	172

VI.- EXEGESIS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES. RESUMEN.

1 - Casos de Consulta	175
2 - Casos de Apelación	175
3 - Casos de Revisión	178

	Página
4 - Nulidades Absolutas	178
5 - Nulidades Relativas	178
VII.- JURISPRUDENCIA	179
VIII.- CONCLUSIONES	184
IX.- BIBLIOGRAFIA	187



NOTA: Todos los subrayados que aparecen en esta tesis, son obra del autor.

I.- INTRODUCCION

Elaborar una tesis doctoral, es un trabajo árduo y agotador para el aspirante a una investidura académica. La intención de escribirla bien y con mejor contenido, como corresponde al futuro profesional que está autorizado para expresar su opinión en un trabajo de esta naturaleza, se contrapone al deseo de escribirla pronto, consecuencia natural de la impaciencia - por coronar los esfuerzos de muchos años.

A pesar de todo, he tratado de hacer una tesis con suficiente base científica. En algunas partes de ella, se palpará el esmero con que quise penetrar en algunos problemas jurídicos y en otros, que estimo son de menor importancia, el desarrollo de los temas no tiene tanta amplitud. He notado ésto, al hacer la lectura final y rindo mis disculpas al que por azar, por curiosidad o por interés, lea algunas líneas de esta tesis y repare en ello. La amplitud del tema, por otra parte, me ha obligado a resumir algunos puntos.

El Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, dentro de un plan concebido para realizar el estudio del nuevo Código Procesal Penal, mediante el desarrollo de tesis doctorales, me asignó el tema de las "SENTENCIAS EN SEGUNDA INSTANCIA Y NULIDADES EN EL PROCESO PENAL".

Naturalmente, fui yo quien solicitó que mi tesis versara sobre materias penales, aficionado a éstas por mi continuo contacto con ella a través de diez años de trabajar en la Fiscalía General de la República; primeramente como Fiscal Adscrito a Juzgado de Primera Instancia, después como Fiscal Específico y finalmente como Jefe de la Oficina de la Fiscalía para la Zona Oriental del país, con sede en San Miguel. Aunque actualmente no estoy dedicado a dicha materia, pues soy Jefe del Depar-

tamento llamado Administrativo en la misma Institución, sigo sintiendo el atractivo de aquella rama que presenta tan variados y sutiles matices en la etiología y tipificación del delito, como en el desarrollo del proceso mismo y que lleva en juego el precioso don de la vida y la libertad de una persona, -- así como la justicia para ésta y los perjudicados por el delito.

Al escribir sobre sentencias en segunda instancia y nulidades, he tomado conciencia de su importancia, puesto que si las nulidades pueden truncar por su base un proceso o dejar -- sin efecto determinadas diligencias o actos judiciales, las decisiones del tribunal de segunda instancia constituyen, en la mayoría de las veces, el punto final de los procesos. La casación es sólo una revisión de la legalidad de la actuación del juzgador y la práctica ha demostrado que la generalidad de las sentencias de segunda instancia, no han sido casables, por estar bien cimentadas, aunque puede verse en la Revista Judicial, casos en los que la casación ha prosperado. Lo que no ha podido lograrse en las dos instancias, difícilmente se logrará en casación. De aquí la importancia de las SENTENCIAS EN SEGUNDA INSTANCIA Y LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL: pueden constituir el todo o la nada del juzgamiento.

He tratado de desarrollar independientemente los diferentes puntos de esta tesis enmarcándolos en grandes temas, de manera que pueda leerse y entenderse alguno de ellos sin necesidad de introducirse en los otros. El desarrollo de los temas, por razones de didáctica, lo he iniciado con el de "Derecho -- Procesal Civil y Derecho Procesal Penal", que es de donde debe partirse para tratar los temas asignados. A continuación trato en primer lugar, "De la Instancia", luego "De las Nulidades" y finalmente "De las Sentencias en Segunda Instancia". No he seguido el orden que en la denominación de la tesis me fue dado, porque de la nulidad o no nulidad depende la efectividad jurídica de la sentencia.

II.- DERECHO PROCESAL CIVIL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Antes de iniciar el desarrollo de los temas propios de esta tesis, creo conveniente, dado que la materia sobre la que versa es la de Derecho Procesal Penal, hacer un estudio breve del concepto de Derecho Procesal, de la situación que ocupa en el panorama de las ciencias jurídicas y de la distinción entre Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal.

En las más antiguas y sencillas concepciones de la metodología jurídica se ha hecho siempre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, Derecho Civil y Derecho Penal, así como entre el llamado Derecho Sustantivo o Material y el Derecho Adjetivo o Formal.

La teoría tradicional ha considerado al Derecho Público como el relativo a la organización del Estado y a las relaciones del Estado con los particulares, cuando actúa con un poder superior o "imperium", y a las relaciones de los Estados entre sí. El Derecho Privado se considera regulador de las relaciones entre particulares y de las relaciones del Estado con los particulares cuando actúa en un plano de igualdad con éstos.-- Así lo dice Cabanellas: "DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO".-- Derecho Público es el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, o en sus relaciones con los particulares y con otros Estados. El que regula los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado, en virtud de delegación directa o mediata del poder público. El Derecho Privado rige los actos de los particulares cumplidos en su propio nombre y beneficio. Predomina el interés individual frente al general del Derecho Público". (1). Cabe agregar que algunas especies de legislacio

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual". 1er. Tomo, pág. 636.

nes pertenecen, por diversas circunstancias, al Derecho Público y al Derecho Privado por igual; así, por ejemplo, el Derecho Internacional, el Derecho Laboral y el Derecho Mercantil.

En cuanto al Derecho Civil, técnicamente es "el conjunto de normas reguladoras del Estado, condición y relaciones de las personas en general, de la familia y la naturaleza, situación y comercio de los bienes o cosas; que comprende sus ramas principales: El Derecho de las personas, que incluye la personalidad y capacidad individual; el Derecho de la Familia, rector del matrimonio, la paternidad, la filiación y el parentesco en general; el Derecho de las Cosas, que rige la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, íntimamente relacionado con el Derecho Sucesorio; y la parte que considera las diversas relaciones compulsivas: el Derecho de las Obligaciones comprensivo de la importantísima parte del Derecho de los Contratos. En este sentido, el Derecho Civil ha sido definido como el conjunto de preceptos que determina y regula las relaciones jurídicas entre los miembros de una familia y las que existen entre los individuos de una sociedad, para la protección de los intereses particulares, concernientes a sus personas y a sus bienes". (1)

El Derecho Penal, por su parte, ha recibido innumerables denominaciones y muchos conceptos se han dado del mismo, determinados, la mayor parte de veces, por la idea que tenga el autor de tales conceptos respecto de los alcances y objetivos en la regulación del delito, del delincuente, de la pena, de la fijación de las medidas de seguridad y de la actuación o competencia del Estado en tal regulación.

En el fondo de todas las ideas y conceptos se encuentra siempre la de la obligación y facultad del Estado de regular la conducta de las personas para procurar el bien común, que, en este caso, es asegurar ciertos valores fundamentales de la so-

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual". 1er. Tomo, pág. 636.

ciudad y principios mínimos de convivencia para hacer posible, así, la existencia de la sociedad y del mismo Estado. Esta facultad del Estado es la que se conoce como "jus puniendi" o de recho de castigar del Estado, en uso de su poder preventivo y represivo. Las diferentes escuelas penales introducen variaciones en el concepto, según le den mayor importancia a la prevención de los delitos, a la pena o al delincuente mismo.

En general puede decirse que el Derecho Penal defiende o asegura los valores e intereses más fundamentales de la sociedad para hacer posible la convivencia humana y, modernamente, el progreso de los pueblos.

Una de las definiciones más completas es la de Luis Jiménez de Asúa, que define el Derecho Penal Objetivo como "conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado: y subjetivamente, en cuanto Jus puniendi o derecho de castigar, como la facultad estatal de establecer el concepto de delito como presupuesto de dicho poder, así como la responsabilidad del sujeto activo, y de asociar a la infracción de la norma una pena o una medida de seguridad". (1).

Estos conceptos de lo que son y protegen el Derecho Civil y el Penal, establecerán posteriormente distinciones entre el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal.

Conviene anticipar en este punto, que así como hay ciencias jurídicas que participan de la naturaleza del derecho privado y del derecho público, como ya dije, también hay puntos de contacto entre el derecho civil y el penal. Situaciones que son reguladas por una y otra ciencia; así por ejemplo; el adulterio, la usurpación de inmuebles, usurpación de estado civil, etc.

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual". 1er. Tomo, pág. 655.

Otra distinción importantísima es la diferenciación entre Derecho Sustantivo o Material y Derecho Adjetivo o Formal. El primero es considerado como aquél que regula los derechos y obligaciones entre los sujetos del derecho, sean éstos de índole privada o pública. El segundo se refiere a aquellas normas que regulan la actividad del Estado y los particulares en el ejercicio de la jurisdicción para obtener la resolución de sus peticiones y los conflictos planteados. Aquí encontramos el Derecho Procesal, que es la materia que propiamente nos interesa.

El Derecho Sustantivo es "El que establece derechos u obligaciones, a diferencia del que regula su ejercicio, castiga su infracción o determina el procedimiento para su efectividad extraordinaria". (1)

El Derecho Adjetivo es "el conjunto de leyes que posibilitan y hacen efectivo el ejercicio regular de las relaciones jurídicas, al poner en actividad el organismo judicial del Estado. No determina qué es lo justo, sino cómo ha de pedirse justicia. Se subdivide en legislación orgánica del poder judicial -aspecto formal- y en los códigos procesales, leyes de enjuiciamiento y demás preceptos reguladores de la jurisdicción contenciosa o voluntaria, como contenido material de este Derecho". (2).

Propiamente considerado y desde un aspecto formal y no material, el Derecho Adjetivo comprende inclusive las regulaciones de procedimientos relativos a la jurisdicción administrativa, donde también existen diferentes recursos e instancias, aunque de naturaleza diferente a los de la jurisdicción contenciosa.

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual". 1er. Tomo, pág. 660.

(2) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual". 1er. Tomo, pág. 632.

En realidad, la jurisdicción se considera siempre como única aunque tenga diferentes manifestaciones, determinadas por la especialización del Derecho en virtud de las diferentes actividades que le toca regular, lo que ha dado origen a la diferenciación del Derecho Procesal en Derecho Procesal Laboral, Derecho Procesal Mercantil, Derecho Procesal Penal, etc., originados todos ellos, así como el derecho sustantivo propio de cada uno, en el primitivo Derecho donde no había diferenciación ninguna, que sólo vino a establecerse con el surgimiento del Estado y la especialización mencionada.

Actualmente, la autonomía del Derecho Procesal está plenamente establecida y la de sus diferentes ramas se acepta por razón de metodología y codificación, sin olvidar que todos forman parte de una sólo ciencia determinada por su nombre genérico de Derecho Procesal.

En cuanto al concepto propio de lo que es el Derecho Procesal, la tendencia de los juristas se mueve entre dos polos --- opuestos: los que consideran que no debe ser simplemente un medio para la vigencia del derecho, sino que debe perseguir y --- construir por sí mismo normas de justicia y los que piensan que es únicamente un derecho instrumental, un medio para la aplicación del derecho.

Entre la primera posición, que es llamada jus-naturalista, encontramos al Dr. Leonardo Prieto y Castro que dice: "El Derecho Procesal es una parte de la enciclopedia jurídica, y, por ser tal, está adornado de todas las notas que la Filosofía predica del Derecho, en general, y a la que hemos de remitirnos. Para la finalidad perseguida bastará con indicar que el Derecho - en que creemos forma parte de la Etica y sus principios fundamentales o bases primarias, están ínsitas en la naturaleza, como emanación de una causa superior a lo humano mismo; es decir, -- que afirmamos aquí una posición jus-naturalista". Más adelante agrega: "La crisis del pensamiento jurídico es en nuestro tiem-

po alarmante y peligrosísima, en el orden internacional y en el interior de las naciones. Estamos presenciando una relajación absoluta de todos los valores del Derecho, y se impone, por ello, una intransigencia también absoluta, una resistencia a ultranza contra cualquier intento de sustraer, concretamente al derecho procesal, ni un ápice de las notas que nuestra conciencia, la Historia y su destino nos dice que le son peculiares. Para esa labor de defensa que es servicio a la Humanidad, hemos de partir del concepto que nos parece adecuado, y que puede ser éste: Derecho Procesal es el conjunto de principios justos, derivados de la razón natural, en su exposición positiva, según sus diversas fuentes, y explicados por la ciencia, que regulan la actividad pública judicial del juez y partes, en la labor de realizar o de hacer efectivo el derecho material perturbado o desconocido, y en la de fijarlo con carácter vinculante, cuando es preciso la intervención estatal, o aún para realizar el mismo Derecho Procesal". (1)

Este concepto no se aplica a nuestro Derecho, en donde -- nuestra Constitución, en su Art. 169 dispone: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente ha ya establecido la ley". Asimismo, existe en nuestra legislación el recurso de Casación para aquellos casos en que hay infracción de ley o de doctrina legal por contener el fallo violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o de doctrinas legales aplicables al caso, según el Art. 2, literal "a" y Art. 3, numeral 1o. de la Ley de Casación, y 571 CPP.

Por consiguiente, es válido para nuestra legislación el concepto de Derecho Procesal como derecho instrumental. En ese sentido el Derecho Procesal ha sido definido como: "El que con

(1) Nueva Enciclopedia Jurídica. F. Seix, Editor; 1er. Tomo, pág. 945.

tiene los principios y normas que regulan el procedimiento civil y el criminal; la administración de justicia ante los jueces y tribunales de una y otra jurisdicción o de otras especies". (1)

Más amplios son los conceptos de Pallares, quien lo considera como "el conjunto de normas jurídicas relativas al proceso jurisdiccional". Le define Carnelutti como: "el conjunto de normas que establecen los requisitos y efectos del proceso", y agrega que también "recibe el nombre de derecho formal porque la reglamentación que hace del proceso se realiza mediante formas. Por razón de su esencia es derecho instrumental y no sustancial, porque no resuelve directamente los conflictos de intereses, sino que establece los órganos y procedimientos para poder resolverlos". (Sist. I, Pg. 81 y 82). "Sin embargo, existen normas sustanciales que originan derechos, como las relativas al pago de costas, la obligación de terceros de declarar en el juicio y todas las que imponen a los funcionarios obligaciones de carácter procesal. A pesar de ser derecho público -- hay algunas disposiciones de carácter dispositivo que pueden ser renunciadas por las partes". (2).

Nótese en estos conceptos cómo el derecho procesal no es simplemente instrumental, sino que es orgánico y fundamental, al reglamentar la forma y jurisdicción de los tribunales y al establecer las facultades y obligaciones procesales de los funcionarios, de las partes y de los terceros intervinientes.

Todavía podría agregar que aún cuando los estudiosos del derecho han afinado cada vez más el llamado carácter instrumental del Derecho Procesal, también en cierta forma se ha dado aplicación al principio de ser un derecho actuante, como en el

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual". 1er. Tomo, pág. 657.

(2) Eduardo Pallares. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". pág. 228.

Código Suizo donde, en ausencia de disposiciones legales aplicables al caso, se autoriza al juzgador para resolver como lo hubiese hecho el legislador si hubiere tenido en mente el caso de que se trate.

En nuestra legislación, el Art. 421 del Código de Procedimientos Civiles, al referirse a las sentencias, en el segundo párrafo, dice: "Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unos y otros en consideraciones de buen sentido y razón natural". Es decir que, en cierta forma, -abre un campo al juzgador para hacer o idear la norma para resolver el caso concreto, pero dentro de ciertos límites, ya que, en realidad, el juez debe limitarse a la hermenéutica o integración del derecho, aplicando la analogía para resolver estos casos, de acuerdo a los principios fundamentales del derecho y el espíritu de la legislación.

En cuanto a los procedimientos propiamente tales, son de carácter estricto y así el Art. 2 del mismo Código, dice: "Los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces, los cuales no pueden dispensarlos, restringirlos ni ampliarlos, sino en los casos que la ley lo determine. Las partes pueden renunciar los procedimientos establecidos en su favor, en lo civil, de una manera expresa; tácitamente sólo podrán hacerlo en los casos determinados por la Ley".

Teniendo ya conocimiento de lo que es el Derecho Procesal en general, conviene ahora establecer el concepto de Derecho -Procesal Penal. No escapará al conocimiento del estudioso del Derecho que, fundamentalmente, los conceptos hasta aquí expresados convienen al Derecho Procesal Penal, por ser una especie de ese derecho de carácter instrumental, y que si bien tiene -características propias y relativa autonomía, no por eso deja de pertenecer al Derecho Procesal en general.

Es necesario, por consiguiente, establecer el concepto de Proceso Penal y de Derecho Procesal Penal, para luego entrar al estudio de las Instancias en el Proceso Penal.

Como una introducción, considero conveniente transcribir el excelente resumen de Prieto Castro sobre la forma en que se estableció la distinción entre el Derecho Civil y el Penal que posteriormente originaría la diferenciación entre Derecho Procesal Civil y Penal.

"El Derecho Procesal Penal constituye, por sí sólo, en la actualidad, una rama separada, con típicas notas de individualización. La principal de todas ellas es la naturaleza del objeto sobre que versa, el delito. En las etapas primitivas de la cultura jurídica, el objeto de ambos procesos civil y penal, ilícito civil e ilícito penal, se hallan confundidos. La comunidad se considera tan afectada a causa, por ejemplo, de que el deudor no satisfaga la deuda al acreedor, o de que la propiedad de un ciudadano sea víctima de las inmisiones de otro, como por causa de la muerte de un hombre o de las lesiones producidas en el honor o en la integridad corporal de otro. No existe, por lo tanto, una posibilidad de tratamiento separado de los derechos que afectan a la esfera privada del particular, de los cuales él mismo sería árbitro, para considerar la oportunidad de hacerlos valer judicialmente en un proceso que tendría naturaleza civil y estaría adornado de las características derivadas de ese peculiar carácter atribuido a los derechos privados. Es preciso que la idea de comunidad primitiva se elabore y construya con el auxilio de conceptos jurídicos nuevos, hasta surgir la institución del Estado de derecho, afirmando de una parte, su propia existencia y, de otra, reconociendo el valor humano del individuo. Por virtud de lo primero, el Estado viene a recabar para sí, atribuyéndoselos como propios, ciertos derechos, entre las que figuran, para la finalidad que ahora nos interesa, el de castigar las violaciones -

de orden penal, como atentado contra la comunidad misma organizada jurídicamente en tal Estado. Este se erige en titular exclusivo del ius puniendi o derecho de castigar las infracciones penales. Por virtud de lo segundo, el Estado de derecho, - que ya existe, inspirado en el principio del reconocimiento de la libertad individual, admite que surja un ámbito de intereses privados, regulándolos jurídicamente con la posibilidad de que sean los particulares quienes resuelvan acerca de su tutela jurisdiccional. De este modo es como nace la dualidad de proceso penal y proceso civil. Pero el entrecruce de las dos esferas jurídicas, la pública y la privada, que es inevitable para una más detallada valoración de los intereses protegidos, determinante de que en cierto momento unos derechos de carácter público adquieran matiz privado, o que los de naturaleza privada se maticen de públicos, produce el fenómeno de que cuestiones del ámbito penal sean tratados con arreglo a principios - por lo menos hasta cierto punto - de naturaleza civil, y al contrario.

Esa indudable realidad tiene su reflejo en la tutela procesal, de suerte que algunos delitos dependen en su perseguibilidad, de la iniciativa del ofendido, y, llevados al proceso penal se admite en él la facultad de disposición de los particulares; y, al contrario, cuestiones originariamente civiles, como son las relaciones sobre el estado y condición de las personas, que afectan principalmente a la constitución de la célula primaria de la sociedad -la familia- y en los tiempos modernos, amplios sectores del Derecho privado, adoptan el distintivo de social, manifestándose en su protección procesal por la vigencia, en cuanto a ellos, de ciertos principios que son peculiares del proceso penal"" (1)

En esta exposición vemos como el Derecho Penal surge como

(1) Nueva Enciclopedia Jurídica. F. Seix. T.I, pág. 946

una necesidad para afirmar la existencia del propio Estado, garantizando las condiciones mínimas de coexistencia entre las personas, erigiéndose el Estado como sujeto exclusivo del "jus puniendi".

El Proceso Penal tiene por objeto dar vigencia a esa facultad del estado y es así como nuestro Código Procesal Penal, en su Art. 1, dice: "El juicio Penal tendrá por objeto establecer la existencia de una infracción penal, averiguar quién o quiénes la cometieron y sancionar o absolver a las personas -- que resultaren o fueran declaradas culpables o inocentes".

Se establecen tres finalidades diferentes para el proceso penal:

- 1) establecer la existencia de una infracción penal;
- 2) averiguar quién o quiénes la cometieron;
- 3) sancionar o absolver a las personas que resultaren culpables o inocentes; es decir, juzgar y sentenciar.

No se incluyen en este concepto los procedimientos relativos a la imposición de medidas de seguridad y a la ejecución de las penas.

Del simple enunciado del Art. I se comprende que es una investigación en ejercicio de la jurisdicción, aunque, en este caso, tenga un objetivo y características distintas del proceso civil. Conserva el carácter instrumental de medio para la averiguación de una infracción al Derecho, característica del Derecho Procesal, pero en este caso se manifiesta con mayor fuerza.

En efecto, el carácter instrumental del Derecho Procesal Penal se distingue del Civil porque éste es supletorio y alcanza, inclusive, a la declaración del derecho bajo el principio de analogía. En asuntos civiles cabe el cumplimiento voluntario de la obligación; por ejemplo, la obligación de hacer en el juicio ejecutivo singular en que el juez señala plazo para

el cumplimiento de la obligación, o la reparación espontánea - de los daños y perjuicios causados sin necesidad de recurrir a la vía judicial. En cambio, en el campo del Derecho Procesal Penal, recurrir al proceso es la única forma de cumplir el Derecho o lograr la sanción del delincuente, puesto que no se concibe el sometimiento voluntario del mismo a la pena que le corresponda por el delito cometido, ni la imposición de una pena sin juicio. Art. 164 de nuestra Constitución Política: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".

Precisamente la autonomía del Derecho Procesal Penal se deriva del hecho de que los principios reguladores del proceso no tienen ningún contacto con las normas que definen el delito y sus penas; son definitivamente un medio para la aplicación - del Derecho Sustantivo. Tiene mayor relación con el proceso civil que con el Derecho Penal Sustantivo; relación determinada por el hecho de que la investigación judicial penal no difiere en el fondo, de ninguna otra investigación jurídica, aún cuando su objeto sea el arriba mencionado, diferente del civil.

El Proceso Penal, como todo proceso, está llamado a desembocar en la cosa juzgada y en tal sentido el derecho Procesal Penal regula todos los actos encaminados a ese fin; pero, además, también regula los derechos y obligaciones de las partes y de los funcionarios que intervienen en el proceso.

Es precisamente por su diferente objeto y contenido, por la diferente calidad, posición, facultades y obligaciones de los intervinientes en el proceso, por sus procedimientos diferentes y por las distintas fases que presenta el Proceso Penal, que éste se distingue netamente del Proceso Civil, estableciendo esa misma distinción para el Derecho Procesal Penal.

Así, por ejemplo, tenemos la intervención del Ministerio

Público, que no existe en el Proceso Civil como parte interviniente en interés propio aunque si interviene en representación de otros, como es el caso de los Procuradores Auxiliares. Contrariamente, no existe en el proceso penal el concepto de "causa", que es fundamental en el proceso civil para la solución del conflicto entre quien afirma una pretensión y quien se opone a ella; pero si encontramos la oposición entre el Derecho Subjetivo Estatal de castigar y el derecho de libertad y de defensa del imputado.

Las fases que presenta el Proceso Penal se distinguen netamente del Proceso Civil. Estas fases están determinadas por la finalidad que cada una de ellas trata de cumplir y que están resumidas en el enunciado del Art. I del Código Procesal Penal. Así, la fase de Instrucción, tiene por objeto establecer la existencia de una infracción penal y averiguar quién o quiénes la cometieron. El Art. 115 del Código Procesal Penal, en el segundo inciso dice: "La instrucción tendrá por objeto practicar los actos y diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y establecer quién o quiénes son los responsables, así como las circunstancias que excluyan, atenúen o agraven la responsabilidad del o de los imputados. Comprenderá todas las diligencias judiciales que se llevan a efecto desde el auto cabeza del proceso hasta que se estime suficientemente depurado el informativo, inclusive el auto de sobreseimiento en su caso".

Cuando no procede el auto de sobreseimiento, se dicta auto de elevación a plenario, que da inicio a la fase llamada plenaria o contradictoria. Según el Art. 296 CPP. "El plenario tiene por objeto discutir contradictoriamente los elementos de juicio recogidos en la instrucción y recibir las pruebas que la acusación y la defensa propongan y las que de oficio estime conveniente ordenar el juez, a fin de establecer la culpabilidad o la inocencia del imputado y dictar la sentencia que --

proceda". Con ésto se cumple el segundo objetivo determinado -- por el Art. I PP.: "Sancionar o absolver a las personas que resultaren o fueren declaradas culpables o inocentes". En cuanto a la sanción o absolución de los imputados, el juzgamiento puede no resultar de una sentencia "de derecho", dictada por el -- juez, sino del sometimiento de la causa al conocimiento del Tribunal de Jurado, que no existe en el Proceso civil.

Existen juicios ordinarios, sumarios y verbales, determinados por la diferente naturaleza o gravedad de las infracciones penales; procedimientos complementarios, como los de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la Libertad Condicional, Art. 87 y siguientes del Código Penal; procedimientos -- para la aplicación de las medidas de seguridad, etc., que dan una característica propia al Proceso Penal y al Derecho Procesal Penal.

A pesar de todas estas diferencias, el Proceso Penal al igual que el civil, sigue siendo actuación del poder jurisdiccional del Estado, lo que le dá la unidad necesaria para que la -- ciencia que lo regula siga formando parte del Derecho Procesal en general.

Debido a esta complejidad del proceso penal, es que, hasta cierto punto, los conceptos sobre el mismo se vuelven tautológicos o por lo menos descriptivos o taxativos, tratando de abarcar todos sus campos en forma descriptiva o de resumen.

Como un ejemplo de ésto consigno el concepto que dice: "Derecho Procesal Penal es el conjunto de las normas encaminadas, A) a la declaración de certeza de la notitia criminis (es decir declaración de certeza del delito e inflicción de la pena); b) a la declaración de certeza de la peligrosidad social y a la aplicación de medidas de seguridad; C) a la declaración de certeza de las responsabilidades civiles conexas al delito y a la inflicción de las consiguientes sanciones; D) a la ejecución de -- las providencias". (1)

(1) Giovanni Leone. "Tratado de Derecho Procesal Penal, T.1, P.17

Este concepto no abarca la regulación de las actividades de los funcionarios y las partes.

Por eso, podríamos decir que Derecho Procesal Penal es la ciencia que estudia y regula el ejercicio de la jurisdicción - del Estado en cuanto a las facultades y obligaciones de los -- funcionarios judiciales, sus auxiliares, las partes intervinen- tes y los terceros que deban intervenir en el proceso penal o en la declaración de peligrosidad social y la aplicación de me- didas de seguridad; los procedimientos para la investigación y declaración de certeza de las infracciones penales, del delin- cuente y de los civilmente responsables; para su juzgamiento - hasta la sentencia, para la imposición de las sanciones pena-- les y civiles correspondientes y para su cumplimiento.

En todas las legislaciones modernas se excluye de la ju-- risdicción penal los actos tipificados como delitos realizados por menores de determinada edad que quedan sujetos a una juris- dicción especial conocida como jurisdicción de menores. En --- nuestra legislación esta edad es de dieciséis años. Art.16 Pn. y el regimen aplicable a los menores de esa edad está conteni- do en el Código de Menores.

III.- DE LA INSTANCIA

1.- Concepto.

Aceptado que el Derecho Procesal Penal forma parte del De- recho Procesal en general, conceptuándolo el proceso penal co- mo actuación de la jurisdicción, es lógico que muchos de los - conceptos fundamentales del Derecho Procesal Civil, que consti- tuyó originalmente la fuente de todos los derechos procesales, se apliquen al Derecho Procesal Penal. Así lo reconoció el le- gislador y en el Art. 711 del Código Procesal Penal dispuso: - "Serán aplicables al procedimiento penal las normas procesales civiles, en lo que no estuviere expresamente regulado por este Código y no se oponga a la doctrina que lo informa".

En el proceso penal también existen juicios de instancia única y de doble instancia, como en el civil, teniendo la instancia el mismo significado de oportunidad de examen de la causa y de aportación de pruebas, pero con ciertas diferencias como adelante explico.

Antes de referirme a la definición dada por nuestra legislador de lo que es la Instancia, conviene saber que esta palabra se usa en muchos sentidos que es necesario conocer, para comprender mejor el sentido propio que interesa a esta tesis.

El Diccionario dice: "INSTANCIA. Acción y efecto de instar, memorial, solicitud. Cada uno de los grados jurisdiccionales establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia. Las instancias son dos en el actual enjuiciamiento civil, una o dos en lo administrativo y en lo penal una para los delitos y dos para las faltas. Fueron antes en mayor número y siguen siéndolo en el procedimiento canónico. ABSOLVER DE LA INSTANCIA. En el enjuiciamiento criminal anterior al vigente, fallar el proceso sin condena -- por falta de pruebas de cargo pero sin absolver al reo y eventualmente CAUSAR INSTANCIA. En el antiguo enjuiciamiento abrir juicio formal y someter a fallo el asunto lo cual evitaba en otras peticiones haciendo protesta de no causar instancia. DE PRIMERA INSTANCIA. Al primer ímpetu, de un golpe, primeramente, en primer lugar, por la primera vez". (1)

Del simple enunciado de los conceptos vemos que el diferente significado de la palabra instancia depende de las palabras que la acompañen, por más que haya cierta relación en el fondo de todas ellas.

El primer concepto dice que es "acción y efecto de instar"

(1) Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Primera Edición, pág. 1150.

lo que se ratifica cuando encontramos la expresión de proceder a instancia de parte". (acción) y "causar instancia" (efecto).

El segundo concepto que considera la instancia como "cada uno de los grados jurisdiccionales establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho en los juicios y demás negocios de -- justicia", es la que conviene al sentido propio de Instancia - que ahora tratamos de definir con relación a esta tesis.

Las obras jurídicas que tratan este tema coinciden fundamentalmente en este concepto.

"Esta expresión es usada con distintos matices dentro de la terminología procedimental o forense, pero siempre girando sobre la idea de petición o demanda o desarrollo de éstas.

Concretamente en Derecho Procesal, instancia es principalmente la etapa que arranca del planteamiento de una pretensión y se agota con la sentencia o resolución correspondiente. Como las sentencias pueden ser recurridas replanteándose la cues---tión, es por ello que se habla de primera y segunda instancia, derivando igualmente de ésto el nombre de juzgados de primera instancia e instrucción que se da a uno de los órganos jurisdiccionales dentro de los escalones de la administración de -- justicia". (1)

"La palabra instancia tiene dos acepciones; una general - con la que se expresa cualquier petición, solicitud o demanda que se hace a la autoridad, y otra especial, que quiere decir el ejercicio de la acción judicial desde la demanda hasta la - sentencia definitiva. La primera instancia se lleva a cabo ante el juez inferior, y la segunda ante el tribunal de apelación. Antiguamente había tercera instancia. (2)

(1) Nueva Enciclopedia Jurídica. F. Seix. Tomo XII, Pág. 1

(2) Eduardo Pallares. Diccionario de Derecho Procesal Civil. pág.399, 5a.Edición corregida y aumentada. México 1966.

"Dos acepciones principales posee este vocablo en el Derecho Procesal. Por la primera equivale a solicitud, petición o súplica: y en esta forma cuando se dice que el juez debe proceder a instancia de parte, se da a entender que procede previa petición de parte, y no de oficio, por su iniciativa. Por la segunda se designa con tal nombre cada grado jurisdiccional o conjunto de actuaciones practicadas, tanto en lo civil como en lo criminal, las cuales comprenden desde la iniciación litigiosa hasta la sentencia definitiva. Se llama primera instancia - al ejercicio de la acción ante el primer juez que debe conocer del asunto; segunda instancia, el ejercicio de la misma acción ante el juez o tribunal de apelaciones, con el objeto de que reforme la sentencia del primer juez; y tercera instancia, a la revisión del proceso o causa ante el tribunal superior, según la jurisdicción". (1)

Couture, al referirse a la diversidad de acepciones del vocablo, dice: "En su acepción común, instancia significa requerimiento, petitorio, solicitud. Se dice, entonces, que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de partes, según los realice el juez por iniciativa propia o a requerimiento de algunos de los interesados.

En una acepción más restringida, se denomina instancia el ejercicio de la acción procesal ante el mismo juez. Es ésta la definición contenida en algunos textos legales. Con ello se significa que, además de requerimiento, instancia es acción, movimiento, impulso procesal. Se habla, entonces, de llevar adelante la instancia, de conclusión de la instancia, o, por oposición, de perención o caducidad de la instancia.

Pero en la acepción técnica más restringida del vocablo, y a la que se refiere específicamente este capítulo, instancia

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual". 2o. Tomo, Página 399.

es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, entonces, de sentencia de primera o de segunda instancia; de jueces de primera o segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia." (1)

Más adelante, al hablar de la distinción entre el proceso y la instancia, dice: "La relación que existe entre el proceso y la instancia es la que existe entre el todo y la parte. El proceso es el todo; la instancia es un fragmento o parte del proceso. Pero esta circunstancia no obsta a que la instancia pueda constituir por sí sola todo el proceso.

En los juicios de instancia única, instancia y proceso se confunden: aún en los juicios de instancia múltiple, la instancia constituye todo el proceso si el vencido renuncia a interponer el recurso de apelación.

La instancia tiene, por su parte, una estructura particular. Esa estructura o composición difiere entre la primera y la segunda o ulteriores instancias. La primera se caracteriza por la amplitud del debate y de recepción de los materiales de conocimiento. Las ulteriores, en grado de apelación, se circunscriben a lo requerido por la revisión de la sentencia apelada." (2)

La distinción que hace este autor es importantísima y aclara que una cosa es el concepto de instancia considerada como "ejercicio de la acción judicial", como dice Pallares o "ejercicio de la acción procesal ante el mismo juez", como lo dice el mismo Couture y que otra, diferente, es el concepto de ins-

(1) E. J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Pág. 169.

(2) IBIDEM, Pág. 170

tancia considerada como "cada grado jurisdiccional" dentro del proceso o "cada una de las etapas o grados del proceso", como él mismo lo dice. El ejercicio de la misma acción se realiza en las dos instancias, lo que establece claramente la distinción entre ejercicio de la acción y actuación de la jurisdicción.

Tanto Cabanellas como Pallares hablan de ejercicio de la acción "hasta la sentencia definitiva", lo que da lugar a confusión porque en realidad la sentencia del juez de primera instancia no siempre es definitiva, porque puede ser anulada, reformada, revocada, etc., por el tribunal de segunda instancia. Couture fue más concreto y dice que va desde la promoción del juicio "hasta la primera sentencia definitiva", anunciando ya que ésta no es la única sentencia que se conoce como definitiva; y luego, agrega: "o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte".

Anticipa, además, que la instancia puede tener diferente estructura, composición o substancia entre la primera y las ulteriores instancias. Es precisamente ésto lo que hace difícil la comprensión del concepto de instancia como grado jurisdiccional, ya que en algunas ocasiones los tribunales llamados de segunda instancia, conocen de un asunto en grado, pero no en instancia. Por consiguiente, no basta que un tribunal superior haya resuelto con mayor poder en el orden jerárquico sobre una cuestión que había sido decidida por el tribunal inferior para que se produzca el conocimiento en instancia.

Esta situación fue también comprendida por nuestro legislador y, por eso, al dar el concepto de instancia, dijo: "Instancia es la prosecución del juicio desde que se interpone la demanda hasta que el juez la decide, o desde que se introduce un recurso ordinario ante un tribunal superior hasta que éste lo resuelve". Art. 6 Pr.

El Doctor Padilla y Velasco, al comentar este artículo dice: "De manera que según la definición la Instancia (primera)

comprende desde la demanda hasta la sentencia, abarcando lo -- que la misma ley considera como partes principales del juicio, además de los incidentes que en ella ocurran, y quedando fuera lo que se llama ejecución, con lo cual ha querido significarse la tramitación del juicio, sus fases, sus partes principales y también sus incidentes.

También hay instancia desde que se introduce un recurso ordinario ante un tribunal superior hasta que éste lo resuelve. La Ley ordena, fue muy lógica la reforma, que los recursos ordinarios se entablen ante los mismos jueces que han dictado la sentencia de que se trata de recurrir, en cambio el recurso se introduce al Tribunal Superior, al llevarse los autos a él y tener conocimiento por la presentación de una o de las dos partes, hasta que lo resuelve. Con esto se indica que no solamente hay instancia en las apelaciones o súplicas de las sentencias definitivas, sino también de las interlocutorias y autos apelables o suplicables.

La misma definición excluye, por supuesto, los recursos extraordinarios, la recusación, la excusa, las competencias, el extraordinario de nulidad, de queja por retardación de justicia, y el de revisión no son verdaderos juicios jurídicos, aún cuando las decisiones de los tribunales en dichos recursos tengan el carácter de juicios lógicos. Sin embargo no hay razón para no considerar instancia el recurso extraordinario de queja por atentado, toda su tramitación sobre todo en ciertos casos, tiene siempre las mismas fases de toda instancia. La jurisprudencia así lo ha declarado.

Si la Cámara de Segunda o de Tercera Instancia, conforme al Art. 1061, declara antes de la sentencia improcedente la apelación o súplica, admitida en contra de las disposiciones legales, ¿habrá instancia?. Los Tribunales han dicho que no hay instancia por falta de decisión del asunto (1). Sin embargo --

conforme a la definición, a su texto claro y definitivo, si -- hay instancia en esos casos. El recurso se introdujo al Tribunal Superior, y éste lo ha resuelto, aunque declarándolo improcedente; la ley dice que la instancia termina cuando dicho Tribunal resuelve el recurso, y no la causa principal, objeto del litigio".

En la llamada anterior, al pie de la página 89 y 90 se -- lee: "Rev. Jud. Tomo XX, pág. 24, Tomo XXVII, pág. 143 Tomo XXX, pág. 274. En sentencias de la Cám. de 3a. Inst. de 25 de Sept. de 1915, 4 de Julio de 1923 y 14 de julio de 1925", "Rev. Jud. Tomo XXI, No. 5, Pág. 235 de mayo de 1916. Sentencia de 16 de diciembre de 1915".

Es sumamente importante notar que el jurisconsulto hace -- ver, citando las sentencias correspondientes, que la jurisprudencia ha sido contraria al concepto de instancia contenido -- en el Art. 6 del Código de Procedimientos Civiles, al considerar que constituye instancia el recurso extraordinario de que -- ja por atentado, a que se refieren los Arts. 1102, 1101 y 1105 y siguientes, en abierta contradicción con el concepto conteni -- do en el Código.

El Dr. Padilla y Velasco respecto del recurso extraordina -- rio de queja, únicamente dijo: "que toda su tramitación sobre -- todo en ciertos casos, tiene siempre las mismas fases de toda -- instancia", pero no nos dijo cuáles eran estas fases. Anterior -- mente en su tesis, a página 86, se había referido a las fases del -- juicio; pero ya sabemos que no es lo mismo el juicio, o mejor -- dicho el proceso, que la instancia; porque la instancia es só -- lo parte del juicio, aunque, como ya se estableció, hay jui -- cios de una sóla instancia.

Debemos, por consiguiente, preguntarnos cuáles son esas -- fases o características de la instancia; por qué, de acuerdo --

al concepto legal, los recursos ordinarios dan lugar a instancia y no los extraordinarios; por qué el recurso de queja por atentado constituye instancia no obstante ser extraordinario.

TESIS: La definición contenida en el Art. 6 Pr. no es una definición sustancial de instancia, sino que se limita a definir las fases del juicio que dan lugar a ella. Se trata -- verdaderamente de dos conceptos: uno que se refiere a la primera instancia y el otro que se refiere a la segunda instancia. -- La instancia no es simplemente la prosecución del juicio, porque entonces también habría instancia en los recursos extraordinarios.

En consecuencia debe encontrarse un concepto que defina -- la instancia en su esencia y quiero hacer un anticipo de lo -- que podría ser un campo de estudio importante para los que se dediquen exclusivamente a este concepto propio del Derecho Procesal.

La dificultad que encontró el Legislador para definir la instancia se debe al carácter vario de ella, del que habló Couture, determinado por la historia misma del desarrollo de la -- instancia y por la amplitud que a ésta quiera darse, determinada a su vez por la concepción del objeto de la instancia en la lucha entre la justicia, el tiempo y la certeza de la sentencia.

En los albores de la humanidad y el nacimiento del principio de autoridad, las decisiones de los Jefes de los grupos -- primitivos eran indiscutibles y por supuesto, consideradas irrevocables. Sólo el recurso de la fuerza podía hacer cambiar -- esa decisión por un oponente, venciénolo en combate o dándole muerte, con lo que en realidad se convertía en la nueva autoridad indiscutida, por cuya razón podía cambiar las decisiones --

de su antecesor. Esta idea continúa hasta tiempos muy avanzados en que se impone el poder absoluto de los reyes, cuando aún delegando su autoridad para la solución de los asuntos que no eran de importancia vital para el Estado, existe el recurso de revocación "por contrario imperio", es decir, por orden del rey, que actualmente se entiende como "por contrario imperio de la ley". Pero cuando la autoridad del rey ya no es indiscutida y los tribunales se vuelven independientes, se ve la necesidad de poner a las personas a cubierto del error o la arbitrariedad de los jueces.

Actualmente se concibe un poder de revisión de los órganos superiores de la administración de justicia; pero el problema sigue siendo difícil y objeto de debates sobre determinar el justo medio entre una decisión justa y una decisión rápida y firme. Se dice que la justicia, para ser tal, debe ser pronta; porque de lo contrario puede volver ilusoria la sentencia favorable pero de ineficacia práctica. Pero la brevedad de los procedimientos y de los procesos puede ser tanta que en realidad afecte a la justicia.

En esta lucha entre la justicia, el tiempo y la certeza de la sentencia, se ha concebido la instancia como dos fases de un mismo juicio o como un nuevo juicio capaz de reformar el anterior. La tendencia del antiguo proceso español era la del establecimiento de tres instancias para garantizar la justicia y de allí pasó a las legislaciones americanas; pero posteriormente este concepto se ha modificado y restringido, como veremos.

El Doctor Padilla y Velasco, al hablar de la impugnación de la sentencia dice: "Antes de pasar adelante, conviene hablar un poco con respecto a la impugnación de la sentencia. Algunos la consideran como un nuevo juicio; u otro período del juicio ordinario, otros. Los primeros opinan que el Tribunal de segunda instancia debe conocer de todo el negocio y por tan

to pueden aportarse al debate nuevos elementos y nuevas pruebas durante la segunda instancia, pudiendo revocarse la sentencia justa de primera instancia, que en virtud de esas nuevas pruebas resulta injusta. El derecho italiano acepta ese principio.

Los otros en cambio copiando a Benthan y al Código austríaco, sostienen que la segunda instancia no es más que una mera fase del juicio, sin que ella admita nuevas alegaciones ni nuevas pruebas, debiendo el Tribunal Superior hacer nada más que una revisión de las pruebas presentadas.

Nuestro Código sigue en parte este último criterio para algunos juicios, y para los restantes, su mayoría, toma una opinión intermedia. Se hace nada más que una revisión del litigio por el Tribunal de segunda instancia, en los juicios verbales, cuando la cantidad litigada excede de cinco colones y no pase de cien (Art. 503); en el juicio para conceder o negar la autorización para contraer matrimonio, se aplica el mismo criterio. (Art. 808); lo mismo también en el recurso de amparo -- constitucional, cuando la Cámara de Segunda Instancia haya conocido de él en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia conocerá en revisión de dicho recurso, y fallará con sólo la vista de los autos. (Art. 13 y 14 Ley de Amparo); y en el primer caso del Art. 51 Pr. o sea cuando la cantidad litigada sea menor de 500.00.

El doctor Menéndez (1) al hablar de la diferencia entre la revisión y la apelación, decía: "Entiendo por revisión lo que debe entenderse, porque hasta ésto se ha confundido entre nosotros, el examen de lo practicado, sin practicar nada de nuevo; y la apelación es un nuevo juicio, en que puede haber alegatos, pruebas, etc.". Los autores españoles de entonces, entre ellos Escriche y Ortiz de Zúñiga, tenían de la alzada la misma opinión que el autor de nuestro primer Código de Procedi

mientos, en donde consignó sus ideas en el Art. 1588 al permitir a las partes"....alegar nuevos hechos y probarlos....." Posteriormente, desde el Código de 1881, se prohibió a las partes y especialmente al actor....alegar nuevos hechos...."; de esa fecha para acá nuestra ley no conceptúa la apelación como un nuevo juicio, sino que ha adoptado una posición intermedia, mejor dicho ecléctica, que sin negar a la apelación el carácter de fase nueva del juicio, admite la presentación de nuevas -- pruebas y nuevas alegaciones con determinadas restricciones".
(1).

En consecuencia, dentro de este panorama ecléctico, que - en definitiva constituye en nuestra legislación la instancia, - debemos encontrarle un sentido propio.

Ya podemos afirmar, con el autor citado, que la prosecu-- ción del juicio comprende la tramitación del juicio, sus fases sus partes principales y también sus incidentes.

Nuestra jurisprudencia, por otra parte, siguiendo el criterio del insigne Menéndez, ha considerado que hay instancia - siempre que las partes tengan oportunidad de presentar pruebas es decir, de reabrir la controversia, no sólo con poder de revisión de parte del tribunal, sino con el de recoger pruebas - sobre el asunto.

El Art. 496 Pr. dice: "en el recurso de revisión el Juez de Primera Instancia señalará día y hora para que las partes o curran a alegar su derecho. El juez los oírán verbalmente, sentándose en un acta sus alegatos; y comparezcan o no, fallará - dentro de tercero día sin más trámite ni diligencia".

El Art. 497 Pr. dice: "En el recurso de apelación, el --- Juez de 1a. Instancia procederá como en el caso del artículo - anterior; pero si alguna de las partes solicitase la recepción

(1) Dr. René Padilla y Velasco. "Apuntes de Derecho Procesal - Civil Salvadoreño". Pg. 86, Primer Tomo.

a prueba, la concederá por el término de este Código para la 2a. Instancia en los juicios escritos".

Es decir, que la diferencia entre la revisión y la apelación es únicamente la oportunidad de la apertura a prueba. Por eso la revisión es el examen que hace el tribunal superior de lo practicado por el inferior, sin practicar nada nuevo.

Por consiguiente, la instancia queda determinada no sólo por la oportunidad de rever la sentencia sino por la de aportar pruebas, aún con las limitaciones establecidas por los Arts. 1014 y 1019 Pr.

Con estos elementos podríamos decir que, en el sentido procesal de conocimiento de la jurisdicción sobre un asunto, LAS INSTANCIAS EN EL PROCESO son las diferentes oportunidades en que el poder jurisdiccional conoce y se pronuncia en orden jerárquico, o por una sólo vez, sobre el asunto sometido a su decisión, sea éste el principal, sus incidentes o cualquiera resolución susceptible de ser reformada o revocada por el tribunal superior, dando oportunidad a los contendientes de aportar prueba sobre los fundamentos de sus pretensiones, para decidir sobre dicho asunto y sobre las premisas de fondo y forma que legitiman tomar una decisión.

La segunda instancia, es decir, cuando el tribunal superior conoce no sólo en grado, sigue considerándose como una parte del mismo juicio, aunque en cierta forma reabre la controversia.

En el caso que sólo se conoce en grado, consulta por ejemplo, puede declararse una nulidad y reformarse la sentencia o dictarse una nueva, pero no se abre el juicio a prueba. Ya todo está hecho; hay una resolución del tribunal de segunda instancia con mayor fuerza en el orden jerárquico, pero no hay una nueva instancia porque las partes no pueden aportar pruebas.

Un tribunal superior conoce sólo en grado y no en instancia cuando se pronuncia sobre lo resuelto por el inferior con mayor autoridad que éste, pero únicamente con base en lo ya -- instruido, sin poder ampliarlo ni modificarlo; excepto el caso de prueba instrumental que no haya perdido su fuerza por prescripción o caducidad, por razones de justicia. Ej. Art. 586 C.P.P. que al referirse a la casación dice: "Vencido el término del artículo precedente no se admitirá alegaciones de ninguna clase, quedando el asunto para sentencia, la cual se pronunciará dentro de veinte días.

Tampoco se admitirá la aportación de pruebas de ninguna clase, excepto cuando esté extinguida la responsabilidad penal, caso en que admitirá la prueba documental que sea pertinente, la cual podrá ser obtenida aún de oficio".

Una definición depurada del concepto de instancia anunciada podría llegar a establecer el concepto sustancial de ella y no meramente formal o práctico. Para ejemplificar la diferencia entre ambos pienso que si quisiese definir la escalera diciendo que son los peldaños no daría la idea exacta de lo que aquélla es. Igual sucede si se quiere definir la instancia únicamente como las fases del juicio correspondiente al conocimiento de tribunales de diferente orden jerárquico.

Dejo enunciado este problema de orden filosófico-jurídico-técnico para que sea desarrollado por otro a quien interese depurar este concepto y, como parte de mi tesis, únicamente afirmo que el concepto de instancia dado por el Código de Procedimientos Civiles es de carácter práctico y contiene realmente dos conceptos en uno

La instancia en lo penal, tiene el mismo contenido, como en lo civil, en lo que respecta a la oportunidad de probar, pero con ciertas diferencias, como dije al inicio de este punto.

El proceso civil se inicia por una demanda presentada en forma, que, entre otros requisitos, contiene la identificación

del demandado y las pretensiones concretas del demandante. El proceso penal, en cambio, puede iniciarse de oficio, por denuncia o por acusación, Art. 145 CPP. En el primer caso, el juez inicia el proceso por iniciativa propia, lo que no está admitido en lo civil. En caso de denuncia, existe manifestación al juez de que se ha cometido un hecho delictivo, pero el denunciante no es parte en el proceso y el juez lo prosigue de oficio. La acusación podría considerarse como una especie de demanda, por cuanto debe presentarse en forma y reunir determinados requisitos, inclusive la identificación del acusado si es conocido; además porque el acusador formula determinadas pretensiones, es parte en el juicio y, por regla general, debe condenarse en costas si desiste o deserta de su acción o no prueba su excepción (Arts. 59 inciso final y 729 del CPP). Pero en realidad existen diferencias; por ejemplo: a) no se demanda directamente a la persona a quien se imputa el delito, sino que se pide al juez que inicie el procedimiento y realice las diligencias que se solicitan a efecto de establecer el delito, el responsable del mismo y que se impongan las condenaciones pertinentes; b) no se emplaza al imputado como consecuencia de la acusación, porque no es una demanda contra él, sino que se le emplaza como un requisito procesal a efecto de que nombre defensor si no lo tiene, al elevar la causa a plenario; c) el juez no decide sobre la acusación como lo hace sobre una demanda, sino sobre los hechos investigados o que hayan resultado de la investigación y los responsables, pudiendo suceder que se prueben otros delitos y no los acusados; d) el procedimiento puede no terminar en una sentencia definitiva, sino en un sobreseimiento y hasta en una simple declaración de que no hay mérito para continuar el procedimiento, siempre y cuando no se identifique al imputado.

Posiblemente la característica más diferenciadora en relación a la instancia en lo civil, es que la prueba puede aportarse y recabarse en la fase de instrucción, cuando no se ha abierto a pruebas el proceso, que se hace en el plenario.

Pero, a pesar de estas diferencias, siempre es característico de la instancia la oportunidad de probar que tienen las partes interesadas; la instancia termina cuando el juez se pronuncia sobre lo principal de la causa que ha sido objeto de investigación y de prueba, aunque ésta se haya recogido de oficio y únicamente durante la instrucción.

Podemos formular ahora un concepto de instancia en lo penal, así: son las diferentes oportunidades en que el poder jurisdiccional conoce y se pronuncia en orden jerárquico, o por una sola vez, sobre el asunto sometido a su decisión o conocimiento, sea éste el principal, sus incidentes, o cualquiera resolución susceptible de ser reformada o revocada por el tribunal superior, dando oportunidad a las partes de aportar pruebas sobre los hechos investigados y los responsables, para decidir sobre el asunto y sobre las premisas de fondo y forma -- que legitiman tomar una decisión.

2.- Instancias en nuestra legislación.

En las legislaciones antiguas se daba mayor oportunidad de discutir los asuntos judiciales, admitiéndose la pluralidad de las instancias en abundancia. En Roma llegaron a existir -- hasta cinco instancias. Pero la norma general fue la de que existieran tres instancias como máximo. Así Escriche dice: "Por regla general se admiten tres instancias, así en los negocios civiles como en los criminales, a fin de que sea más seguro el acierto en los fallos, y se eviten en la administración de justicia los efectos de la ignorancia, del error, de la pasión y del soborno; pero a veces la ley, según la entidad de los negocios y la naturaleza y calidad de los diferentes juicios, quiere que la primera o segunda instancia cause ejecutoria. En todo negocio, dice el Art. 285 de la Constitución de 1812 (que rige como decreto), cualquiera que sea su cuantía, habrá a lo

más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas." (1)

Nuestra legislación ha seguido esta misma tendencia, aunque con variaciones; originalmente se establecieron tres instancias, después se admitieron únicamente dos, luego nuevamente tres y finalmente sólo dos instancias, que es el actual sistema. La tercera instancia ha sido sustituida por la casación.

Antiguamente existía una dispersión de leyes que regulaban las mismas materias y que contenían disposiciones de carácter sustantivo y adjetivo, de las que todavía encontramos algunos ejemplos en la legislación actual que no está totalmente depurada. Ejemplo: disposiciones sobre el estado civil y la aceptación de herencia que se encuentra en el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles. El Código de Napoleón constituyó el primer esfuerzo y la primera realización, de reunir en un sólo cuerpo las leyes civiles y procesales, para resolver el problema del conocimiento y aplicación de las leyes que se hacía dificultoso, equívoco y, a veces, contradictorio. Para las naciones hispanoamericanas el problema fue mayor porque a aquella dispersión de leyes hubo que agregar las disposiciones especiales dadas para las "Indias Occidentales", complicando más su conocimiento y aplicación.

A este problema se quiso dar solución en nuestro país encargando al Padre Menéndez y a otros dos jurisconsultos, la redacción del primer Código de Procedimientos Judiciales y de -- Fórmulas que fue decretado el 20 de noviembre de 1857 y entró en vigencia treinta días después de su publicación. Con anterioridad a éste, se había decretado el 13 de abril de 1826 el primer Código Penal, y el 26 de febrero de 1857 se aprobó el -

(1) J. Escriche. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Pág. 883

Código de Procedimientos Civiles y Criminales, redactado también por el Padre Menéndez.

El orden cronológico de las diferentes leyes fue el siguiente:

13 de abril de 1826	Primer Código Penal.
10 de septiembre de 1855	Recopilación de Leyes de la República.
10. de diciembre de 1855	Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento respectiva.
26 de febrero de 1857	Código de Procedimientos Civiles y Criminales.
<u>20 de noviembre de 1857</u>	Código de Procedimientos Judiciales y de fórmula (Entró en vigencia 30 días después de su publicación).
31 de mayo de 1860	<u>Código Civil</u>
15 de septiembre de 1860	Código Penal reformado.
24 de enero de 1863	Código de Procedimientos Civiles y de <u>Instrucción</u> reformado.
31 de diciembre de 1881	Código de Procedimientos Civiles (D.O. 10. de enero de 1882)
20 de abril de 1882	Código de <u>Instrucción Criminal</u> -- (con este nombre).
15 de junio de 1893	Nueva edición de Código de Procedimientos Civiles con reformas de 1882 a 1891.
12 de julio de 1900	Publicación de Reformas.
27 de agosto de 1902	Publicación de nuevas reformas -- (vigentes 20 días después).
Edición de 1904 con reformas de 1890 a 1903. Luego las ediciones de 1916, 1926, 1947 y 1967.	

Como se ve de la relación anterior, el Código Civil se decretó con posterioridad al Código de Procedimientos Judiciales

y de Fórmulas, y, habiendo sido aquél tomado del Código de Chile, se encontraron desarmonías con éste, que había sido formado con base en la legislación española. Esto y la vigencia de las reformas en el Código Penal, obligó a una revisión y se emitió el Código de Procedimientos Civiles y de Instrucción reformado en 1863; posteriormente se decretó el Código de Procedimientos Civiles, el 31 de diciembre de 1881, que se publicó en el Diario Oficial del 10. de enero de 1882. El 20 de abril de 1882 se publicó el Código de Instrucción Criminal, con ese nombre, las siguientes publicaciones incluyeron reformas comprendidas en los diferentes períodos entre ellas.

Decretada la independencia el 15 de septiembre de 1821, se dejaron vigentes las leyes que habían regido la colonia y que incluían la tercera instancia y el recurso extraordinario de nulidad vigente en la Constitución Española de 1812, pero al decretarse la Constitución de 1883, se suprimió la tercera Instancia y se creó la Cámara de Casación juntamente con la Ley de Casación de 14 de diciembre de 1883, que estuvo en vigencia tres años hasta la Constitución de 1886, en que se suprimió y nuevamente se creó la tercera instancia, que estuvo en vigencia hasta 1953 en que fue derogada por la Ley de Casación, decretada el 31 de agosto de 1953 y que entró en vigencia el 14 de septiembre del mismo año y dura hasta la fecha.

En consecuencia, actualmente existen en lo civil dos instancias y casación.

3.- Instancias en el Proceso Penal.

El cuerpo de leyes que regula el Procedimiento Penal fue conocido primero como Procedimientos Criminales, en 1857, Código de Instrucción en 1863, y luego Código de Instrucción Criminal, el 20 de abril de 1882, y conservó este nombre a través de las sucesivas reformas y ediciones, hasta que fue derogado

por la emisión del nuevo Código Procesal Penal que entró en vigencia el 1o. de junio de 1974. ✓

El Código de Instrucción, como era lo acostumbrado, estableció también segunda y tercera instancia para las causas criminales e igualmente el recurso de súplica, aunque no el recurso extraordinario de nulidad. En efecto, el Código de Instrucción Criminal decía: "Todos los recursos extraordinarios, reglas y procedimientos establecidos para lo civil, tienen lugar en lo criminal en cuanto le sean aplicables y no se encuentren modificados expresamente por este Código. Se exceptúa el recurso extraordinario de Nulidad que no tiene lugar en lo criminal" (1).

Esta disposición general existió en todos los Códigos de Procedimientos Criminales o de Instrucción Criminal y se conserva en el actual Código Procesal Penal que dice: "Serán aplicables al Procedimiento Penal las normas procesales civiles, - en lo que no estuviere expresamente regulado por este Código y no se oponga a la doctrina que le informa". (2).

La existencia y desarrollo de la instancia en el proceso penal puede analizarse a través de los recursos.

El nuevo Código Procesal Penal consigna como recursos ORDINARIOS los siguientes: Explicación y Aclaración, Revocación, Consulta y Apelación. Como EXTRAORDINARIOS: Queja por atentado, queja por retardación de justicia, casación y revisión. Finalmente existen como RECURSOS DE GRACIA: la Amnistía, el Indulto y la Conmutación, que no son parte de nuestro estudio por no ser recursos, pero trataré de ellos más adelante en relación con los efectos de la sentencia.

Los Recursos de Explicación y Aclaración y el de Revoca--

(1) Art. 566

(2) Art. 711 CPP.

ción son interpuestos ante el mismo juez que pronunció la sentencia y resueltos por él mismo; por consiguiente, no dan lugar a instancia ni a que sean conocidos por un tribunal superior en grado. Así el Art. 509 del CPP. dice: "Las partes, dentro de veinticuatro horas después de haber sido notificadas de alguna resolución pueden solicitar al juez la aclaración de algún punto dudoso u obscuro que pueda contener el auto interlocutorio que decide algún incidente o la sentencia que termine definitivamente la causa.

Podrán también hacer uso del recurso de aclaración para que el juez resuelva sobre algún punto accesorio a la cuestión principal que no se hubiere decidido en la sentencia definitiva".

En cuanto a la Revocación el Art. 513 del CPP. dice:

"Procede el recurso de revocación o mutación contra todo auto interlocutorio para el efecto de que el mismo juez lo revoque por contrario imperio".

Por consiguiente, el tribunal superior sólo conoce de las sentencias pronunciadas por el inferior por medio de la Consulta o la apelación. Debemos analizar estos recursos para ver si dan lugar a instancia en el sentido que la hemos entendido.

a) CONSULTA: el procedimiento de Consulta constituye el curso normal o general de los procesos cuando se refiere a delitos sancionados con pena de prisión, excepto para aquéllos - cuyo límite máximo no exceda de tres años o estén castigados - con multa; y ello aunque las partes se hayan conformado con la sentencia definitiva o no hayan apelado (Art. 517 CPP.). También se consulta el sobreseimiento en los mismos casos. (Art. 278 CPP.). Por esta misma razón, si un recurso de apelación ha sido indebidamente admitido, la Cámara debe declarar improcedente la apelación y conocer en consulta si se trata de los de

litos y casos en que ésta es procedente (Inciso final Art. 527 C.P.P.).

No existe una disposición que diga el procedimiento que - debe seguirse en la Consulta; únicamente la disposición citada y el Inciso segundo del Art. 546 que dice: "En las causas que se recibiere en consulta el fallo se pronunciará dentro del --plazo de treinta días de recibido el proceso".

No existe tampoco una definición de este concepto. Por --consiguiente, para entender la naturaleza de este recurso debemos remitirnos a lo que los tratadistas y recopiladores dicen sobre la materia.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua dice que Consulta es: "Acción y efecto de consultar. Parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de una cosa". (1).

Escriche dice que es "La pregunta o propuesta que se hace a uno o muchos abogados sobre algún asunto pidiéndoles su parecer o consejo, la conferencia que tienen éstos sobre el punto que se les propone y el dictamen que dan por escrito". Más adelante agrega: "se da igualmente este nombre a la remisión que hacen las justicias ordinarias a los tribunales superiores de las causas criminales que han decidido, para el examen de las sentencias y la providencia que en su virtud corresponda. Los autos de sobreseimiento, que dieren los jueces de primera instancia cuando, terminado el sumario, vieren que no hay mérito para pasar más adelante, o que el procesado no resulta acreedor sino a alguna pena leve, deben consultarse siempre a la au---diencia del territorio, y en ella oyendo el Fiscal cuando co--rresponda de palabra o por escrito y sin más trámite ni necesi

(1) Obra citada. Pág. 340.

dad de vista formal se dará desde luego la determinación que sea del caso, de la cual no habrá lugar a súplica; reglamento de 26 de septiembre de 1835, Arts. 51 y 71". Luego dice que --CONSULTAR es "remitir el inferior al superior sus providencias para el examen y aprobación de ellas (1). Debo agregar que también puede darse la modificación o reprobación de tales providencias.

La Enciclopedia Jurídica Seix dice: "La actividad consultiva jurídicamente relevante se manifiesta en dos facetas distintas. En primer término aparecen aquéllas consultas encaminadas a obtener la opinión de personas individuales o colectivas de pericia o autoridad reconocida en la materia en debate. Pero al lado de éstas deben situarse aquéllas otras consultas -- que se hacen a determinadas personas, no en méritos de sus conocimientos o autoridad, sino en atención a su condición de interesados en la cuestión. Con las consultas del primer tipo se pretende una mayor reflexión y estudio den la decisión que se ha de adoptar; con las segundas, se busca principalmente, contrastar y valorar las opiniones o aspiraciones de los directamente interesados. (2).

Es indudable que la consulta a que nos estamos refiriendo es aquélla encaminada a obtener la sanción del tribunal superior por razón de su autoridad sobre la materia en debate, respecto de la sentencia dictada por el inferior y que debe resolverse "sin más trámite".

Por consiguiente, no se admite la intervención de las partes, ni la apertura a pruebas y, por tanto, de acuerdo a nuestro concepto de instancia como examen de la sentencia del inferior y oportunidad de probar, la consulta no constituye instan

(1) "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Pg. 504.

(2) "Nueva Enciclopedia Jurídica" F. Seix. Editor. Pág. 260.

cia; es decir que el tribunal superior conoce únicamente en --
grado.

b) APELACION: Este ha sido el recurso típico que da lugar a la formación de instancia. Tanto en lo Civil como en lo Pe--
nal, se ha admitido la apertura a prueba.

El Art. 446 del derogado Código de Instrucción Criminal -
dice: "Cuando alguna de las partes solicitare la apertura a --
prueba en 2a. instancia, si la causa fuere de jurado, se proce--
derá como se dispone en el Art. 299".

En las demás causas la recepción se hará por la mitad del
término que la ley concede para la 1a. instancia en aquella --
causa; pero en ambos casos contendrá la calidad de común y to--
dos cargos".

El Art. 535 del Código Procesal Penal dice: "En las cau--
sas sujetas a conocimiento del tribunal del jurado las partes
podrán solicitar la recepción a prueba de la causa, si se ale--
gare nulidad del veredicto de acuerdo con los números quinto,
sexto y séptimo del artículo 390.

En las demás causas las partes podrán solicitarla en los
siguientes casos:

- 10.) Cuando se alegue algún hecho ignorado antes de la in--
terposición del recurso y que pueda influir en la --
sentencia; y
- 20.) Cuando no se hubiere recibido la prueba ofrecida den--
tro de la primera mitad del término probatorio en --
primera instancia, por causas ajenas a la voluntad -
del solicitante, o por haberse denegado indebidamen--
te por el juez.

La solicitud deberá hacerse al expresar o contestar agrava--
vios y en todo caso el término de prueba será de ocho días y ú--
nicamente podrá producirse la prueba pertinente a los puntos a--
legados".

Por consiguiente, el recurso de apelación da lugar a instancia.

c) REVISION

REVER: Ver segunda vez un tribunal superior el pleito que ya se había visto y sentenciado en otra sala del mismo (1).

Pallares dice: "En nuestro derecho, no existe la revisión como un recurso, sino como el poder jurídico que la ley concede al Tribunal de Apelación para revisar el proceso seguido -- por el inferior en casos extraordinarios, como los de rectificación de las actas del estado civil y algunos juicios de nulidad de matrimonio, según reza el último artículo del capítulo consagrado a los recursos en general. En estos casos, la revisión se extiende, no sólo al fallo pronunciado en ellos, sino a todo el proceso que debe ser examinado por el tribunal para comprobar que él se ha cumplido con los preceptos legales aplicables al caso y respetada la garantía de audiencia judicial." (2).

Nuestra ley tiene una concepción propia del recurso de Revisión, que someramente expresado se conforma como a continuación explico:

El recurso de REVISION, tiene por objeto evitar los efectos negativos de las sentencias contradictorias o la injusticia cometida en la sentencia por evidencia aparecida sobre la inocencia del reo o la falsedad de la prueba presentada.

Este recurso se inicia ante el juez a quien compete ejecutar la sentencia (Art. 608 C.P.P.), y admite la apertura a --- pruebas ante ese mismo juez (Art. 611 C.P.P.), pero su resolución se deja en manos del Tribunal "que hubiere pronunciado la sentencia que causó ejecutoria" (Art. 611 C.P.P.), quien debe

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual".T.III,Pg.547

(2) Pallares. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Pág.678

resolver el recurso previa audiencia de las partes interesadas (Art. 612 C.P.P.). Excepción: La sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce de la revisión de los fallos pronunciados por ella misma. (Art. 14 P.P, Inciso segundo, numeral 4o.).

Con lo anterior podemos afirmar que el tribunal que conoce el recurso es el tribunal superior en grado, pues es éste - el que pronunció la sentencia que causó ejecutoria.

Se corrobora lo anterior con la disposición del Art. 613 del mismo Código, que al referirse al caso de las sentencias contradictorias, ordena que el tribunal "Anulará ambas y dispondrá que se instruya de nuevo la causa por el juez a quien corresponda el conocimiento del delito". Es decir, que el juez a quien corresponde el conocimiento del delito es alguno de los dos a quienes correspondió conocer de los delitos investigados y dictar las sentencias anuladas mediante la revisión.

En conclusión, dando este recurso lugar a ser conocido -- por el tribunal superior en grado y admitiendo asimismo la apertura a prueba, período en el cual pueden aportarse pruebas sobre asuntos esenciales a la primera instancia, como son las relativas a la demostración de que vive una persona que se tenía por muerta o que no tuvo culpa de su muerte el condenado en general, cuando sobrevengan o se descubran "nuevos hechos o elementos de prueba, que hagan evidente la inocencia del condenado o la constatación de la inexistencia del delito". (Art. 606 C.P.P.), tenemos necesariamente que llegar a la conclusión de que constituye instancia y significa un reexamen de los hechos establecidos en la primera instancia, con la característica de que, en ciertos casos y en lo referente a pruebas, se vuelve a conocer del proceso en primera instancia.

Por consiguiente, intentamos un concepto adecuado a nuestra legislación diciendo que la revisión es el examen de la --

sentencia ejecutoriada dictada en una o en varias causas, cuando éstas resultan contradictorias entre sí o cuando existen -- nuevos hechos o elementos de prueba que hagan evidente la inocencia del condenado, ya sea por la constatación de la inexistencia del delito o por la falsedad o ilegitimidad de las pruebas que sirvieron de base a la sentencia.

La instancia en la Revisión tiene las siguientes características:

- a) significa un reexamen del proceso y la sentencia que -- ya se habían visto en segunda instancia y posiblemente hasta por el mismo tribunal que conoció en apelación o consulta;
- b) las pruebas se reciben en primera instancia;
- c) se sentencia por el tribunal de segunda instancia;
- d) en algunos casos se vuelve a instruir parte del proceso en primera instancia.

Aparentemente, la opinión de que el recurso de Revisión -- da lugar a instancia sería contraria a lo dispuesto por el Art. 6 Pr. que origina las instancias únicamente a través de los re cursos ordinarios, y el de revisión es un recurso extraordinario; pero ya hemos visto que el concepto de dicho artículo no es completo, por no ser sustancial sino descriptivo, y que la misma jurisprudencia ha admitido que existe instancia en o-- tro recurso extraordinario como es el de queja por atentado.

Por consiguiente las características antes mencionadas, -- son compatibles con el ecléctico concepto de instancia en nue tra legislación. También, aunque las pruebas son recogidas por el tribunal de primera instancia, eventualmente el recurso se introduce ante el tribunal superior y es resuelto por éste. No se puede decir que conozca únicamente en grado, porque las --- pruebas recibidas, que son nuevas en el proceso, pasan a su co

nocimiento y resuelve sobre ellas y sobre las recibidas antes al instruirse originalmente el proceso, pudiendo considerar -- que las primeramente recibidas se han modificado o han perdido su valor relacionándolas con las últimas, porque se hace un -- examen total de la causa.

RESUMEN: Sólo los recursos de Apelación y Revisión dan lugar a instancia.

4.-- La Casación no da lugar a instancia.

Esto debiera ser un axioma, pero algunos litigantes insisten en considerarla como un recurso en el que se puede reabrir la discusión y el examen de los hechos que fundamentan las peticiones de las partes, con sus respectivas pruebas. Por eso -- considero necesario exponer un resumen del desarrollo de la Casación para que se comprenda su naturaleza, su objeto y sus posibilidades.

El recurso de Casación, tal como existe actualmente, tiene su origen en las leyes del 27 de noviembre y 10. de diciembre de 1790 dictadas por la Asamblea Constituyente Francesa que organizó el Tribunal de Casación con funciones de vigilancia -- estricta del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes. Su misión principal era anular "toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley". Se prohibía formalmente, de un modo categórico "conocer del fondo del asunto" y se especificaba que no debía casar, anular una sentencia, nada -- más que cuando ésta contuviese una infracción flagrante de la ley. (1).

Para entender las razones de esta disposición, es necesari-

(1) Luis Recasens Siches. "Panorama del Pensamiento Jurídico -- en el Siglo XX". Tomo I, Pág. 28

rio conocer el desarrollo de las formas de impugnación de la sentencia.

En Roma no se concebía, ni se admitía, la impugnación de la sentencia en el sentido de obtener una modificación de ella. La validez de la sentencia dependía de haberse cumplido con los procedimientos establecidos o, en caso contrario, era considerada inexistente "Ipso Jure", sin tomar en consideración la justicia o injusticia de la misma. Pero esta situación se modificó al hacerse la distinción entre la cuestión de hecho y la de derecho.

La distinción mencionada se efectuó porque entonces, al igual que ahora, el juez debía establecer la norma de derecho aplicable al caso. La parte en su demanda debe relatar los hechos, probarlos e invocar el derecho que asiste a su pretensión. El juez debe resolver una cuestión de hecho y otra de derecho; se halla en situación de aplicar al caso una de entre varias normas de derecho aplicables, de manera que encuentra un límite en el campo propio de esas normas, pero su resolución aplicando esas normas al caso concreto quedaba a su arbitrio y, en consecuencia, se modificó al principio de que la validez de la sentencia no dependía de su justicia o injusticia y se admitió que cuando ésta alcanzaba una determinada gravedad, es decir, cuando afectaba a la cuestión de derecho, la sentencia era invalidada. Así, en el caso de no aplicar una ley existente se obtenía la invalidación mediante la "revocatio in duplum", o la "in integrum restitutio".

Sin embargo, los verdaderos medios de impugnación de la sentencia fueron la querrela de nulidad y la apelación. La querrela fue recurso contra una sentencia existente pero viciada encaminada a obtener su anulación. La apelación fue recurso -- contra la sentencia injusta encaminada a obtener una nueva de-

cisión. "El carácter fundamental de la querrela de nulidad consiste en haber eliminado el concepto romano de inexistencia jurídica de la sentencia por vicios de construcción procesal, -- tornándola jurídicamente existente pero susceptible de anulación mediante la acción de la querrela dentro de un determinado plazo el cual, una vez expirado, producía la preclusión de la posibilidad de reclamar contra la nulidad y tal preclusión saneaba irrevocablemente todos los vicios de la sentencia de --- cualquier naturaleza que fueran. (1)

"La apelación data del principio del imperio. Lo probable es que hubiese sido establecida por una ley Julia Judiciaria, teniendo por origen, sin duda alguna, el derecho, que pertenecía a todo Magistrado bajo la República, de oponer su voto a las decisiones de un magistrador igual o inferior, éste era la intercesio. La persona que quisiera quejarse de la decisión de un magistrado podía desde luego, reclamar la intercesio del magistrado superior, "Apellare magistratum". De aquí procede la apelación. Pero el magistrado delante de quien se llevaba no se contentaba con oponer su voto a la sentencia: la anulaba también y la reemplazaba por una nueva sentencia". (2)

La querrela de nulidad se encontró representada en nuestra legislación por el Recurso Extraordinario de Nulidad que fue abolido, junto con la tercera instancia, al introducirse la casación por la ley que entró en vigencia el 14 de septiembre de 1953. La apelación sigue vigente para segunda instancia.

En consecuencia, la Casación es un recurso de derecho estricto que atiende únicamente a la cuestión de derecho y no a los hechos, razón por la que se descarta la apertura a prueba.

(1) Dr. José Ricardo Girón. "Consideraciones al Recurso de Casación en Materia Civil". R.J. 1958, Tomo LXII, Pág. 54.

(2) Eugene Petit. "Tratado Elemental de Derecho Romano" Pág. 646.

Casar viene "del latín cassare, de cassus, vano, nulo"(1) Casación significa "la acción de anular y declarar por de ningún valor ni efecto algún acto o instrumento" (2). Se aplica - también a "el recurso que se da contra determinadas sentencias para que se declare su nulidad o la nulidad de procedimiento". (3).

La casación tiene por objeto la defensa del derecho objetivo o de la ley. Tiene un fundamento de justicia y persigue - la certidumbre jurídica necesaria para el imperio del derecho. Tal como se manifestó desde sus orígenes, su función es fiscalizadora de los organismos inferiores y no propiamente jurisdiccional; es ejercida sobre los actos de los jueces, sobre -- las sentencias y no sobre los actos y derechos de las partes.- Como consecuencia de ésto, es de interés público y de estricto rigor formalista.

En lo civil, se dice que también persigue la unidad de - jurisprudencia. En realidad esta unidad es una consecuencia -- del fin específico de defensa de la ley. Dicha unidad se persigue a través de la llamada "doctrina legal" establecida por el artículo tres, número uno, de la Ley de Casación.

En lo penal, el fin específico es siempre la correcta a-- plicación de la ley. No es posible la unidad de jurisprudencia a través de una doctrina legal, porque sería "atentatorio contra el principio constitucional de que nadie debe ser condenado sino por leyes dictadas con anterioridad al hecho que se le impute (4). Sin embargo, la unificación de la jurisprudencia - en la aplicación de la ley se produce por el simple hecho de - la autoridad que tienen los fallos de casación y la ilustración que proporcionan los razonamientos del supremo tribunal de justicia.

-
- (1) Diccionario de la Lengua Española. 17a. Edición, Pág.265
 (2) Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.P.424
 (3) Diccionario de Derecho Procesal Civil.Eduardo Pallares 5a. edición Pág.135.
 (4) Dr.Julio Fausto Fernández."Casación Penal".Monografía,P. 5

"Podemos pues afirmar que, en realidad, el recurso de casación es una verdadera demanda contra el fallo y que, fundamentalmente, en él no se persigue la decisión de la controversia planteada y discutida en las instancias, sino el averiguamiento de si al proceder el juez se ha atendido a las reglas fundamentales que determinan la forma en que él debe desarrollar su actividad en el proceso y si, al decidir, lo ha hecho sin infringir de modo patente las normas jurídicas aplicables al caso concreto. No es pues, fundamentalmente, este recurso una litis entre las partes sino, como afirma un autor "una lucha entre la sentencia misma y el recurso que la combate". (1)

En cuanto a si la casación penal constituye o no instancia, en los artículos del 567 al 605 del CPP. que la regulan, no encontramos que en su tramitación se abra a prueba e, inclusive, está expresamente prohibida la aportación de prueba, salvo en caso de estar extinguida la responsabilidad penal. El Art. 586 en su inciso segundo dice:

"Tampoco se admitirá la aportación de pruebas de ninguna clase, excepto cuando esté extinguida la responsabilidad penal, caso en que se admitirá la prueba documental que sea pertinente, la cual podrá ser obtenida aún de oficio".

La responsabilidad penal se extingue por extinción de la acción penal y extinción de la pena, lo que, de conformidad con los Arts. 119 y 120 del Código Penal, existe en caso de muerte del reo, amnistía, perdón del ofendido si fuere capaz, o de su representante legal en los casos en que la ley lo permita expresamente, prescripción y en otros casos expresamente señalados para los casos de extinción de la acción penal; la extinción de la pena existe en los casos de muerte del reo, cumplimiento de la pena, rehabilitación del reo, amnistía, indulto, perdón presunto en los casos en que existe, prescrip---

(1) Dr. Rafael Ignacio Funes. "El Recurso de Casación en Materia Penal". R.J. 1958, Pág. 36

ción, cumplimiento del respectivo período de prueba en caso de suspensión condicional de la ejecución de la pena, cumplimiento del respectivo período de prueba en caso de libertad condicional y en otros casos expresamente señalados por la ley.

Como se ve, en todos estos casos se trata de prueba que consta en el juicio, como la fecha en que se cometió el delito, o de la última diligencia en el juicio, o de la sentencia, para los casos de prescripción; o está establecida instrumentalmente como en los casos de muerte del reo o de amnistía o indulto. Por consiguiente, es perfectamente lógica la disposición que permite en estos casos la presentación de prueba documental.

En sabido que la aportación de prueba documental no necesita de período de prueba y que puede presentarse "en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia y en cualquiera de las instancias", Art. 270 Pr. La fuerza demostrativa de esta clase de prueba es de tal naturaleza que agregada en cualquier momento antes de la sentencia al proceso, no puede ser desestimada por razones de lógica jurídica y de justicia. A estos mismos principios obedece la disposición que permite la presentación de prueba instrumental en los casos de extinción de la responsabilidad penal, para la casación. Art. 586 CPP., Inc. 2o.

Al hablar del desarrollo cronológico de la legislación en nuestro país, manifesté que la casación ha venido a sustituir a la tercera instancia. Sin embargo, como lo he expuesto, no constituye Instancia por no admitir la apertura a prueba y ello ha sido implícitamente reconocido por el legislador en el artículo 4 CPP., que dice:

"Nadie podrá ser procesado más de una vez por la misma infracción penal, ni juzgado por el mismo juez en una misma causa en diferentes instancias, o en casación".

Claramente aparece que mencionó expresamente la casación porque no la consideró instancia, como efectivamente no lo es.

IV.- DE LAS NULIDADES

1.- Concepto, Nulidad e Inexistencia.

En materia de Nulidades se ha suscitado una confusión de conceptos relativos al tema, aparentemente árduo. Tal vez sería más propio decir variedad de conceptos, porque fundamentalmente expresan la misma idea con diferentes términos.

Pero, para los fines de esta tesis, esencialmente didácticos y de crítica constructiva, puede decirse que, fundamentalmente, se distinguen en el estudio de esta materia tres conceptos sobre los cuales se basa toda la problemática correspondiente.

Estos conceptos son los de INEXISTENCIA, NULIDAD ABSOLUTA y NULIDAD RELATIVA. Algunos hablan de INEXISTENCIA, NULIDAD y ANULABILIDAD. Al Abordar el tema de las nulidades, es necesario aclarar que -fue desarrollado primeramente en el campo del derecho civil y que posteriormente se aplicaron estas normas a la materia procesal; pero actualmente, dado el desarrollo de esta materia, establecemos el principio de que el concepto civil de las nulidades no es aplicable a las nulidades en materia procesal y que éstas tienen sus reglas propias. Sin embargo, tienen un fondo común, como el presupuesto de que lo que no es conforme a la ley no tiene valor legal o jurídico.

Por consiguiente, refiriéndonos exclusivamente a las nulidades procesales y, específicamente a las del proceso penal, - trataremos de fijar el concepto de aquellas nulidades, pasando por alto su relación con las nulidades civiles y el concepto - en que éstas fueron aplicadas a las procesales, no obstante su origen y fundamento común ya mencionado.

Cuando establecíamos el concepto del Derecho Procesal decíamos que, como conjunto de normas que establecen los requisi

tos y efectos del proceso, es un derecho instrumental, porque no resuelve directamente los conflictos sino que establece los órganos y procedimientos para resolverlos mediante la intervención de la administración de justicia del Estado, por medio -- del ejercicio de la jurisdicción, sustituyendo éste la actividad de los particulares que antiguamente se hacían justicia -- por propia mano.

Pero para que la administración de justicia tenga vigencia y validez, el proceso debe rodearse de las garantías necesarias para que las personas ocurran a él en demanda de justicia con confianza y para garantizar al mismo Estado el cumplimiento de sus fines en cuanto a la función jurisdiccional y la vigencia de principios tales como el de igualdad ante la ley y la garantía del derecho de audiencia.

Lo anterior se logra mediante las llamadas "formas procesales", que son reglas legales en las que están previstas condiciones de lugar, tiempo, medios y formas (en sentido estricto) de expresión y orden de ejecución de las manifestaciones o de las actuaciones de las partes, de los funcionarios y de los -- terceros intervinientes en el proceso, que determinan la validez de tales manifestaciones o actuaciones. Su finalidad es garantizar el cumplimiento del fin de la función jurisdiccional y, por consiguiente, garantizar los derechos de las partes y la efectividad del proceso y, en consecuencia, la validez y vigencia de la sentencia.

Pero las formas contienen también reglas relativas no sólo a la actuación de las partes, jueces y terceros en cada uno de sus actos, sino también la reglamentación del desarrollo del proceso como un todo único, sujeto a un impulso procesal hasta su final, que necesita llevar un orden determinado, que necesita observar ciertas reglas para cumplir su finalidad y para establecer una situación de garantía en cuanto a la igualdad --

jurídica de las partes, al derecho de audiencia y respecto de los abusos de los funcionarios. A efecto de asegurar que tales formas o procedimientos se cumplan, como medio de garantizar - el proceso, se han previsto sanciones para el caso de incumplimiento, que consisten fundamentalmente en privar a tales manifestaciones o actuaciones de sus efectos cuando no se ajustan a las reglas legales.

Las formas procesales tienen el propósito de regular el - proceso y garantizar los derechos de las partes y la intervención legítima del estado en la decisión de los asuntos que se pongan bajo su conocimiento y, por consiguiente, si esta finalidad se cumple, no obstante que exista alguna irregularidad - en la forma o en el acto procesal, éste puede convalidarse, es estableciéndose así el principio de que "la nulidad por la mera nulidad no existe".

El procedimiento se desarrolla a través de una serie de - actos procesales y es en estos actos procesales donde debemos buscar aplicación y distinción a los conceptos primeramente -- mencionados de INEXISTENCIA, NULIDAD ABSOLUTA y NULIDAD RELATIVA.

La validez de estos actos procesales depende del cumplimiento de las formas procesales y cualquier irregularidad en ellos los hace que adolezcan de un vicio en los elementos ne cesarios que puede estar establecido en la ley como causa de nulidad.

Para la mejor comprensión de esta teoría, es necesario aclarar que en las primeras legislaciones de nuestro país todo apartamiento de las formas de los actos procesales era causa - de nulidad, como parece ser lo lógico; posteriormente se com- prendió que habían defectos que no eran de importancia por no producir perjuicio y que los procesos se dilataban, en contra

de una justicia pronta, por culpa de ese rigorismo, dando por resultado que se limitaron las causales de nulidad en la redacción del Código de Procedimientos Civiles y de Fórmulas de 1857, habiendo sido ésta una de las razones que determinó su emisión.

Es lógico que tiene que existir correspondencia entre la importancia de la irregularidad o vicio y la gravedad de la sanción, dando así lugar a los distintos grados de nulidad, o a la inexistencia del acto.

Es aquí donde entramos al estudio de la gravedad que esa irregularidad puede tener y si puede ser tanta que llegue al desaparecimiento del acto, es decir, a su INEXISTENCIA.

Debemos, por consiguiente, aclarar los términos de INEXISTENCIA y NULIDAD, y para ello, como un punto de partida, me remito a la clasificación hecha por Couture basada en la gravedad de la infracción, en la necesidad de anulación y en la posibilidad de convalidación, la que traduce en un sistema de fórmulas de definición.

"Definir la nulidad diciendo que es nulo lo que no produce ningún efecto significa referirse a sus consecuencias pero no a su naturaleza. Por eso, definimos la nulidad como la inobservancia o apartamiento del conjunto de formas necesarias establecidas por la Ley para los fines del proceso".

"La irregularidad del acto procesal, ésto es, el desajuste entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida, es en todo caso una cuestión de matices que corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levísimo, apenas perceptible.

Paralelamente a ese apartamiento se va produciendo la ineficacia del acto. El acto absolutamente irregular es absoluta-

mente ineficaz; el acto gravemente irregular es gravemente ineficaz; el acto levemente irregular es levemente ineficaz.

En ese sentido se han distinguido siempre tres grados de ineficacia: en un primer grado, de ineficacia máxima, la inexistencia; en un segundo grado, capaz de producir determinados efectos en condiciones muy especiales, la nulidad absoluta; en un tercer grado, con mayores posibilidades de producir efectos jurídicos, la nulidad relativa". (1)

Luego dice: "La inexistencia del acto procesal plantea un problema anterior a toda consideración de validez de él.

"En cierto modo, el problema del ser o no ser del acto no se refiere a la eficacia, sino a su vida misma. No es posible a su respecto hablar de desviación, ya que se trata de algo -- que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino.-- Una sentencia dictada por quien no es juez, no es una sentencia, sino una no sentencia (Nichturteil). No es un acto sino -- un simple hecho".

Adelante: "Cuando se trata de determinar los efectos del acto inexistente, se observa que no sólo carece en absoluto de efectos, sino que sobre él nada puede construirse: quod non -- est confirmare nequit.

La fórmula que defina esta condición sería, pues, la de -- que el acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni -- necesita ser invalidado". (2)

Más adelante: "El acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto impide que sobre él se eleve un acto válido.

La fórmula sería, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada". (3)

(1) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3a. Edic., Pág. 233

(2) IBIDEM - Pág. 377

(3) IBIDEM - Pág. 378

Después: "El acto viciado de nulidad relativa puede adquirir eficacia.

En él existe un vicio de apartamiento de las formas dadas para la realización del acto, pero el error no es grave sino leve. Sólo cuando haya derivado en efectivo perjuicio, podrá ser conveniente su invalidación. Pero si no lo trajera aparejado, o si trayéndolo, la parte perjudicada cree más conveniente a sus intereses no acudir a la impugnación, el acto nulo puede subsanarse. El consentimiento purifica el error y opera la homologación o convalidación del acto. Sus efectos subsisten hasta el día de la invalidación, y si ésta no se produjera, la ratificación da firmeza definitiva a esos efectos.

La fórmula sería la de que el acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado". (1)

La Nueva Enciclopedia Jurídica Seix por su parte, dice: - "Dentro de la teoría de la nulidad o ineficacia de los actos jurídicos se establece, en ocasiones, una distinción tripartita entre inexistencia, nulidad absoluta (o de pleno Derecho) y nulidad relativa (o anulabilidad). Si bien viene a admitir para los casos de nulidad absoluta y de inexistencia una paridad de consecuencia que se concretan en la ineficacia ex tunc y sin posible sanación, se quiere matizar según tal ineficacia provenga de la ausencia de algún elemento o presupuesto necesario para el nacimiento del acto o bien de la simple infracción de un precepto legal de observancia necesaria. Se señala, además, que mientras en el acto radicalmente nulo hay siempre una apariencia material de acto, aunque jurídicamente se le tenga por no producido, en el acto inexistente ni siquiera se da aquella apariencia, por lo menos con visos de normalidad.

Aparte de la imprecisión inherente a la distinción apunta

(1) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". 3a. Edición, Pág. 379.

da, puede afirmarse que la evolución de la doctrina y del Derecho positivo marcan una orientación hacia la supresión de la - INEXISTENCIA, dejando reducido los términos a los de nulidad - absoluta y nulidad relativa o de nulidad de pleno Derecho y -- anulabilidad, según otra terminología, pero con igual alcance" (1).

La clasificación y distinción hecha por Couture tiene sus características -simplicidad y claridad y, en general, es aceptable, así como también es cierta la tendencia a eliminar la - distinción que señala la Nueva Enciclopedia Jurídica; pero, no obstante ello, aparte de la diferente terminología que se usa para expresar los mismos conceptos y aparte también el problema de si la inexistencia se refiere al defecto en los presupuestos procesales, debo hacer alguna observación a aquellas - conclusiones.

La mayor parte de los autores que tratan el tema coinciden en afirmar que la inexistencia no necesita ser declarada - por no tener ni siquiera la apariencia material de acto procesal. Sin embargo, ésto no es rigurosamente cierto, como lo demostraré un sólo ejemplo. Como caso típico de acto inexistente se ha señalado el de la sentencia dictada por una persona que no es juez, es decir, por un no juez. Enunciado así, simplemente, el caso vuelve obvio lo innecesario de una declaración al respecto; pero, la realidad es que el caso no se presenta en esta forma simple, sino que puede revestir la apariencia de acto procesal válido no obstante su inexistencia. Tal sería el - caso de la anticipación o prolongación de funciones realizada por un Juez, que no es un caso de laboratorio puesto que ya - está genéricamente considerado en el Art. 437 del CPP. Es evidente que es tan inexistente la sentencia dada por una persona

(1) Obra citada. Pág.491, Tomo XII.

que nunca ha sido, es, ni será Juez, como la dada por una persona que llega a ser Juez o ha sido Juez pero fuera del período en que desempeña tal función. El caso más probable sería el de prolongación de funciones; si una persona que no va a continuar en su cargo de Juez, por error o equivocación permanece un día más en su cargo o autoriza una resolución con fecha de un día posterior a aquella en la que terminó sus funciones, ésta resolución no es nula sino inexistente, porque no tenía ninguna autoridad para resolver, es decir, que sería igual a la dada por un no Juez. Si además suponemos que esta resolución fuese de un auto de elevación a plenario, el Juez que le sucede, si no nota el error cometido, puede continuar el proceso sobre esta base inexistente y, si lo nota, no puede hacer caso omiso de él por considerarlo inexistente, sino que, obviamente, debe pronunciar una resolución que declare su invalidez. Si esta resolución va a ser de inexistencia o de nulidad es un problema diferente al que ahora presento; aquí me interesa destacar únicamente la necesidad de que el acto procesal inexistente sea objeto de una declaratoria de invalidez y no simplemente se haga caso omiso de él por considerarlo inexistente.

TESIS: El acto inexistente debe ser declarado jurídicamente como tal para evitar los efectos que de hecho pudiese producir, por exigirlo así la seguridad y certeza innata al derecho y no dejarlo a la interpretación. Puede suprimirse como término jurídico positivo la inexistencia, pero tal fenómeno deberá siempre hacerse constar mediante una declaración, aunque ésta sea la de nulidad.

En materia de inexistencia y nulidades, la legislación no ha seguido fielmente la técnica jurídica. En realidad no contiene casos de inexistencia considerados como tales y se han regulado como casos de nulidad. Así por ejemplo, el auto al que falte la firma del juez y del secretario es jurídicamente inexistente, no tiene valor alguno ni debiera llegar a tenerlo;

sin embargo, se ha considerado como un caso de nulidad en el Art. 555 CPP., que dice: "Todo decreto de sustanciación o auto interlocutorio que no esté autorizado por el juez o miembro -- del tribunal a quien corresponda hacerlo y por el secretario, es nulo; pero tal nulidad no será declarada si las partes hubieren intervenido con posterioridad a la notificación de la providencia nula sin haber alegado tal nulidad".

Con base en ese mismo artículo, puede resolverse el caso planteado. El juez a quien correspondía autorizar el auto de elevación a plenario era el nuevo juez y no el anterior, que ya no era juez al momento de firmar el auto; consecuentemente puede declararse la nulidad.

El problema de si la declaración debe ser de nulidad o -- inexistencia tiene relación con el derecho positivo y así lo hace ver GIOVANNI LEONE al referirse a la clasificación y distinción entre nulidad e inexistencia, diciendo: "Naturalmente no deben ser construídos sobre la base de criterios abstractos; la disciplina de las imperfecciones de la relación o del acto es tan variable en los sistemas legislativos y va ligada a exigencias tan complejas y contractas que no se puede bosquejar -- un sistema lógico o conceptual de las irregularidades, sino -- que sólo es posible un sistema fundado en el derecho positivo. La categoría misma de la inexistencia, como veremos, aún no resultando de una expresa formulación legislativa, nació de una construcción estrictamente adherente al sistema legislativo." (1)

Cuando establece el concepto de la nulidad dice: "No pudiendo, por tanto, definir la nulidad con referencia a las formas en sentido estricto, ni aún siquiera con referencia a las formas en el sentido amplio (ésto es, comprensiva también de --

(1) Giovanni Leone. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Tomo I, Pág. 668

los plazos), habrá que resignarse a definirla en función del principio de la taxatividad de las nulidades (Art. 184 del --- cual nos ocuparemos), a saber:

NULIDAD ES LA INVALIDEZ DE LA RELACION O DEL ACTO PROCESAL EXPRESAMENTE CONMINADA PARA ALGUNAS (MAS GRAVES) VIOLACIONES DE LA LEY". (1)

En resumen, el principio de la taxatividad de las nulidades nos evita el problema de la distinción entre inexistencia y nulidad, aunque desde un punto de vista teórico científico es importante aquel estudio y el de los problemas anunciados en esta tesis.

Por consiguiente, haremos el desarrollo de las nulidades en el proceso penal con base en las disposiciones legales, refiriéndome a las nulidades civiles para establecer comparaciones. Previamente estableceré los conceptos de inexistencia y nulidad.

NULIDAD: es el apartamiento de las formas establecidas por la ley para la iniciación y desarrollo del proceso hasta la sentencia definitiva, así como para cada acto procesal y la sanción prevista por dicha desviación. Es una infracción de las normas de procedimientos, o inobservancia, que priva a los actos procesales de su validez normal.

INEXISTENCIA: es la falta de ser de un acto procesal por inobservancia o apartamiento del requisito necesario para su constitución, no pudiendo, por consiguiente, producir jurídicamente ningún efecto, aunque de hecho lo produzca.

Nuestra legislación, llevada por la misma necesidad de certeza y de claridad en una materia de tan graves consecuen-

(1) Giovanni Leone. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Tomo I,, Pág. 689.

cias e importancia, estableció también el principio de la taxatividad de las nulidades y así el Art. 1115 del Código de Procedimientos Civiles dice: "Ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley. Y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción de que se trata no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido". El Art. 550 del Código Procesal Penal dice: "Ningún acto procesal será declarado nulo si la nulidad no está determinada por la ley".

En consecuencia, también en el procedimiento penal se sigue el principio de la taxatividad de las nulidades y aunque no se haya dicho que deben estar "expresamente" determinadas, la aplicación del principio contenido en el Art. 711 del CPP., hace extensibles a éste la redacción más clara del Código de Procedimientos Civiles.

Esta aclaración es necesaria por cuanto, antiguamente, por la aplicación de los principios de las nulidades civiles a las procesales, se llegó a considerar que todo acto que contraviniera la formalidad prescripta por la ley obligaba a la declaratoria de nulidad y fue en reacción a ello que se estableció que -- las nulidades debían estar expresamente determinadas y no implícitamente determinadas; es decir, que no basta la omisión o infracción de un requisito ordenado por la ley como formalidad -- para que se declare la nulidad.

Por consiguiente, también en el procedimiento penal las nulidades deben estar expresamente determinadas y así lo establece nuestro Código en el Art. 551 y en el Art. 552; el primero porque las establece en forma expresa y el segundo, porque se refiere a esa taxatividad, en forma general cuando dice: "La nulidad de los actos y diligencias judiciales por la falta de -- las formalidades que para ello se prescribe bajo pena de nulidad".

Para entender mejor este principio y su aplicación, es necesario recordar los otros principios que se conjugan con éste para completar la Teoría de las Nulidades Procesales.

En el origen de esta teoría, es fundamental el concepto, ya anunciado, de que las nulidades son un medio de garantizar la observancia de las formas procesales que aseguran, a su vez, el buen desarrollo del proceso y la garantía de los derechos de las partes para el buen cumplimiento de la función jurisdiccional y de la administración de justicia.

Los principios que informan la teoría de las nulidades -- procesales son:

a) Principio de taxatividad o especificidad, ya mencionado. En las legislaciones modernas, se excepciona con aquellos casos en que se autoriza al Juez a anular algunos actos cuando sea evidente que se ha dejado sin garantía los derechos de las partes o que constituyen un obstáculo para obtener una sentencia justa;

b) Principio de trascendencia. Si una determinada informalidad del acto ha sido prevista y sancionada con nulidad, tal nulidad no debe declararse si no ha producido o no puede producir perjuicio a la parte que trata de proteger.

c) Principio de protección. Indica que la nulidad sólo puede ser pedida por el perjudicado y no por quien haya dado lugar con su actuación a la nulidad.

d) Principio de conservación. Establecido para defender la seguridad y firmeza del proceso; señala que, en caso de duda sobre la validez o invalidez de un acto, o sobre si ha producido o no ha producido perjuicio, debe conservarse la validez de las mismas. No existe en nuestra legislación.

e) Principio de convalidación. Creado para proteger el -- proceso y la pronta administración de justicia. Indica que todo vicio de forma es subsanable, contribuyendo así a mantener

la validez de los actos, inclusive bajo el principio de ratificación por consentimiento tácito de la persona supuestamente perjudicada.

Estos principios están contenidos en nuestra legislación civil en forma expresa. Así, nuestra ley dispone:

"Ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley. Y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción de que se trata no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido". (Art. 1115 Pr.).

"Siempre que durante la instrucción del proceso en cualquiera de las instancias, el Juez o Cámara note que se ha cometido alguna nulidad de procedimiento, lo hará presente a las partes por decreto en el proceso, y si la parte a quien perjudica, ratifica lo actuado, seguirá la instrucción, haciéndose constar en la notificación su allanamiento". (Art. 1124 Pr.).

El Art. 1115 en su primer párrafo contiene los principios de taxatividad o especificidad. La primera parte del segundo párrafo, el de trascendencia, y la segunda parte del segundo párrafo, el de protección y, en cierta forma, en el Art. 1124, que además contiene claramente el principio llamado de convalidación. En nuestra legislación este principio excluye el de conservación, ya que para la validez del acto relativamente nulo se necesita la ratificación expresa o tácita. (Art. 1124 y 1126 Pr.).

Distingue además el Código de Procedimientos Civiles entre las NULIDADES ABSOLUTAS y las NULIDADES RELATIVAS, consistiendo fundamentalmente la diferencia en que las nulidades absolutas pueden y deben ser declaradas de oficio en cualquiera de las instancias y no pueden sanearse ni aún por expreso ----

consentimiento y mucho menos por el transcurso del tiempo. Las nulidades relativas no pueden ser declaradas de oficio, sino sólo a petición de parte y pueden ser ratificadas o saneadas por el transcurso del tiempo.

En efecto, el Art. 1121 Pr., dice: "Ninguna nulidad de procedimiento podrá declararse sino a solicitud de parte; excepto las de que hablan los artículos 1130 y 1131".

Estos artículos dicen:

Art. 1130.- "Las nulidades que consistan en incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse, en no haberse autorizado el fallo en la forma legal, o en haberse pronunciado contra -- ley expresa y terminante, no podrán cubrirse ni aún por expreso consentimiento de las partes, y deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquiera de las instancias, aunque no se hubieren reclamado en el tiempo indicado en los artículos procedentes."

Art. 1131.- "Tampoco podrán cubrirse y deberán declararse de la manera prevenida en el artículo anterior, las nulidades que consistan en falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda, en incapacidad absoluta o ilegitimidad de las partes que han intervenido en el juicio, como adulto no habilitado de edad sin guardador, un procurador sin poder, etc., siempre que, requerida la parte por el Juez o Cámara, no legitime su personería, o no se ratifica lo actuado por quien tiene derecho a hacerlo, dentro de tercero día del requerimiento, más el término de la distancia, si fuere necesario. La falta de citación o emplazamiento puede también subsanarse por la ratificación tácita, que consiste en contestar o intervenir en el juicio sin alegar la nulidad".

Es necesario observar que a pesar de que el Art. 1121, por la distinción que antes hice de que las nulidades absolutas -- pueden ser declaradas de oficio, da a entender, aparentemente,

que tanto las nulidades comprendidas en el Art. 1130 como las del 1131 son nulidades absolutas, porque pueden ser declaradas de oficio, sin embargo, vemos cómo el mismo Art. 1131 declara que la falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda puede subsanarse por la ratificación tácita y que lo mismo puede subsanarse la intervención de la parte absolutamente incapaz, o de parte que no ha legitimado su personería, mediante la ratificación del representante, en el primer caso, o la legitimación de la personería en el último.

En consecuencia, sólo las nulidades comprendidas en el Art. 1130 son verdaderas nulidades absolutas y ellas son:

- a) incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse;
- b) no haberse autorizado el fallo en la forma legal; y
- c) haber pronunciado el fallo contra ley expresa y terminante.

Es necesario aclarar que -el primer caso no se refiere a competencia no prorrogada pero que hubiera podido prorrogarse, sino a la que no puede prorrogarse, como es la competencia por razón de la materia; así, el Art. 32 Pr., dice: "puede prorrogarse la jurisdicción ordinaria excepto en los casos de que trata el Art. 45". Este dice:

"En las causas en que estuviere interesada la Hacienda Pública, conocerá el Juez General de Hacienda, salvo lo dispuesto en leyes especiales, cualquiera que sea la cantidad que se litigue".

En cuanto a la autorización del fallo, el Art. 429 Pr., dice: "Todos los Jueces firmarán con media firma las sentencias interlocutorias, decretos de sustanciación y demás diligencias de los juicios, y con firma entera las sentencias definitivas. Los magistrados o individuos de los tribunales su-

periores sólo rubricarán los decretos de sustanciación"; y la parte final del Art. 81 Pr. dice: "lo actuado sin la concurrencia del Secretario es nulo, salvo lo dispuesto en el Art. 1115". Este artículo se refiere a la trascendencia que debe tener la nulidad que se alega. En consecuencia para que un fallo esté autorizado en legal forma debe llevar la firma del Juez y la del Secretario.

La nulidad del fallo pronunciada contra ley expresa y terminante es clara en su mismo enunciado, debiendo agregar únicamente que esta infracción es la conocida como "violación de ley", en el recurso de casación diferente a la interpretación errónea o aplicación indebida de la ley. (Art. 3o. No. 1 Ley de Casación y 571 CPP.).

Los principios enunciados para las nulidades civiles, tienen aplicación en lo penal, con algunas reservas, como a continuación expongo.

a) Principio de taxatividad o especificidad.

Se aplica de conformidad a los Arts. 551 y 553 CPP.

b) Principio de trascendencia.

No tiene aplicación en cuanto a las nulidades del proceso, que son insubsanables independientemente de si han producido o pueden producir daño a la parte. Art. 552 CPP.

Tampoco tiene aplicación en cuanto a las nulidades relativas de actos o diligencias judiciales que pueden declararse de oficio al igual que las absolutas. Art. 553 CPP.

Tiene aplicación en cuanto a que la irregularidad de un acto o procedimiento, sancionado con nulidad relativa, no debe declararse si no ha producido indefensión o impunidad, como lo dice el Art. 573 No. 6, que se refiere a la casación pero que muestra que igual debe hacerse en el curso de las instancias.- Ej. Si no se cita a una parte para declaraciones de testigos -

presentados por la otra en el término de prueba, habría nulidad de conformidad al Art. 303 CPP, pero no puede declararse la nulidad si la parte no citada está presente en la diligencia.

c) Principio de protección.

Tiene aplicación de conformidad al Art. 554 que establece que las nulidades de actos o diligencias judiciales quedarán subsanadas "cuando las partes que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado expresamente los efectos del acto, o tácitamente."

Sólo la parte afectada por la nulidad tiene derecho a reclamarla.

d) Principio de convalidación.

No se aplica en cuanto a las nulidades del proceso. Art. 552 CPP.

Se aplica a las nulidades de actos o diligencias judiciales, Arts. 554 y 555 CPP.

e) Principio de conservación.

No tiene aplicación en la legislación penal ni civil.

2.- Nulidades del Proceso. Nulidades Absolutas.

El Código de Procedimientos Civiles distingue entre nulidades absolutas y relativas. En las primeras están comprendidas - nulidades del proceso, como es la nulidad por incompetencia de jurisdicción que no puede prorrogarse, ya estudiada.

El Código de Procedimientos Penales, en cambio, distingue entre nulidades del proceso, calificándolas como absolutas y nulidades relativas de actos y diligencias judiciales; pero tal distinción no es radical y excluyente, como a continuación veremos, sino únicamente para efectos de sistematización.

El Art. 551 CPP., dice: "El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:" y a continuación señala los casos determinados. El Art. 552 CPP. agrega: "Las nul

lidades absolutas señaladas en el artículo anterior no podrán cubrirse ni aún con expreso consentimiento de las partes y deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso". Claramente se refiere a las nulidades del proceso como nulidades absolutas. Su característica es no poder subsanarse ni aún por expreso consentimiento de la parte.

En cambio, la nulidad de los actos y diligencias judiciales por falta de formalidades que para ellos se prescriben bajo pena de nulidad, a que se refiere el Art. 553 CPP., son consideradas como nulidades relativas en el epígrafe de dicho artículo, y el Art. 554 CPP. dice: "Las nulidades de los actos o diligencias judiciales a que se refiere el artículo anterior, quedan subsanadas cuando las partes que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado expresamente los efectos del acto, o tácitamente, si después del acto anulable, hubieren contestado una audiencia o comparecido a cualquier diligencia relacionados con el acto nulo sin haber alegado tal nulidad". Es característico de las nulidades relativas el poder ser subsanadas.

De ésto fácilmente podría concluirse que sólo las nulidades del proceso son absolutas y que las nulidades de actos o diligencias judiciales son siempre relativas, pero veremos que ello no es cierto, para lo que deberemos responder a las siguientes interrogantes:

- ¿Son las nulidades del proceso las únicas absolutas?
- ¿Son las nulidades de actos o procedimientos siempre relativas?

Antes de dar respuesta a las anteriores preguntas es conveniente notar que de acuerdo a la redacción del Art. 551 CPP. la nulidad del proceso existe solamente en los casos que dicho artículo establece. Podemos por consiguiente determinar que no existen otras nulidades del proceso más que las allí mencionadas. Por otra parte, esa nulidad del proceso puede ser "en to-

do o en parte"; será nulo totalmente cuando haya falta de presupuestos procesales, como son los casos de que el juez carezca de competencia (Art. 551 No. 1), o falta de acusación o denuncia o de capacidad para acusar en los delitos perseguibles a instancia de parte (Art. 551 No. 4); pero también puede existir una nulidad parcial del proceso cuando no hay infracción de los presupuestos procesales sino una infracción al procedimiento propiamente tal, como cuando existe falta de recepción a prueba (Art. 551 No. 3), o se ha dejado sin defensor al reo (Art. 551 No. 5). Examinemos cuidadosamente que no se trata de que haya nulidad de un acto que produzca la nulidad de los que sean su consecuencia o se relacionen directamente con él; aquí se trata de omisiones en el procedimiento. Pero podría decirse que esa omisión afectó de nulidad al resto del proceso por disposición expresa del Art. 551.

Anteriormente mencioné que entre las nulidades absolutas, contenidas en el Art. 1130 Pr., se encontraban la de incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse, la de no haberse autorizado el fallo en legal forma y la de haberse pronunciado el fallo contra ley expresa y terminante. Las dos primeras son nulidades expresamente sancionadas por el Código Procesal Penal en los Arts. 551 No. 1 y 507, no así la última. Pero esta última también tiene aplicación por extensión, de acuerdo al Art. 711 CPP.

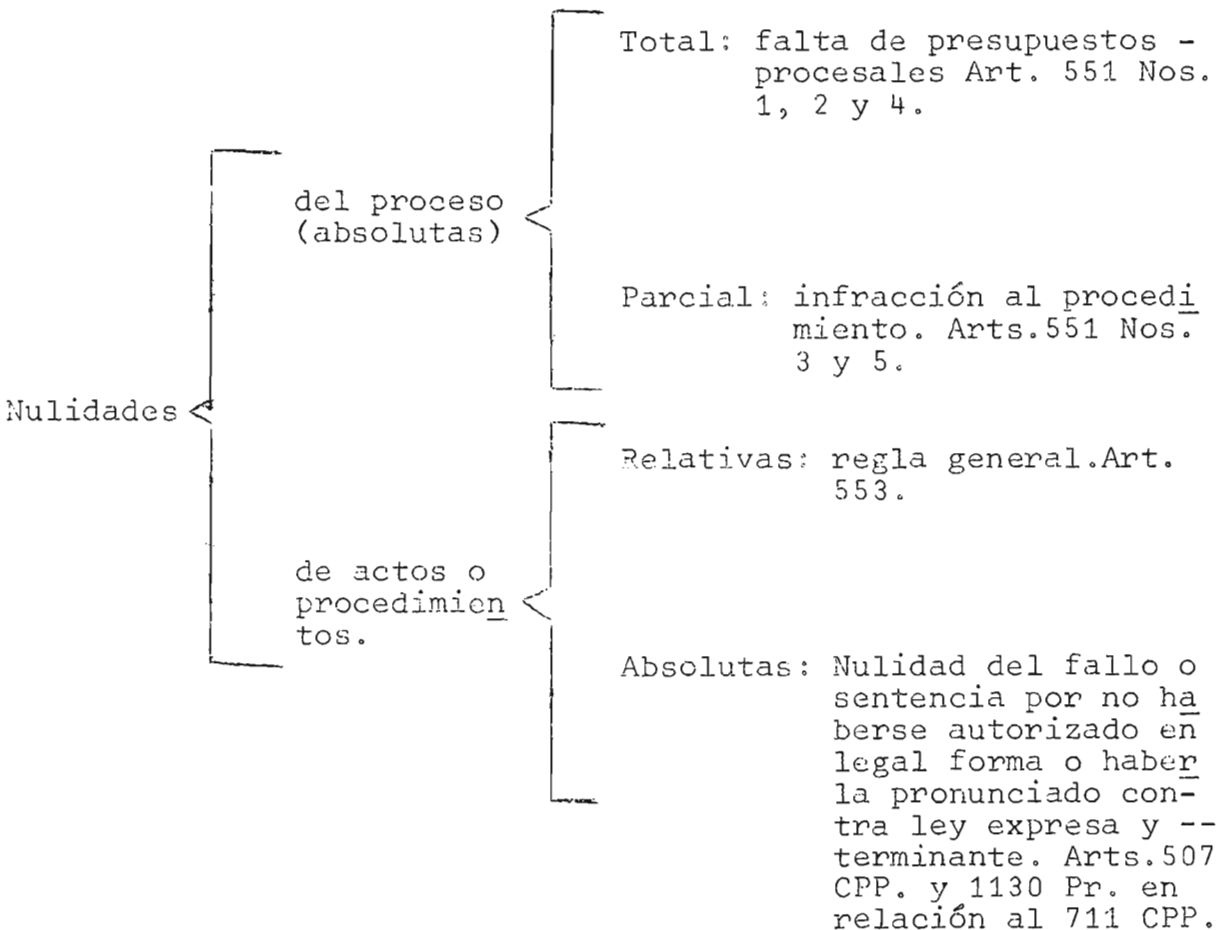
Podemos afirmar entonces que es también nulidad absoluta la última mencionada, respondiendo así la primera pregunta; tal nulidad es insubsanable.

Pero además de lo anterior, vemos que tal nulidad absoluta no se refiere al proceso sino a un acto judicial únicamente: al fallo o sentencia. Por consiguiente no constituye nulidad del proceso, ni puede constituirlo, porque el fallo es el acto judicial que pone fin al proceso en la Primera Instancia y no tiene actos posteriores a los que pueda comunicar su nulidad.-

En el caso de apelarse de la sentencia y reclamarse la nulidad en la segunda instancia, el tribunal superior declara la nulidad, pero la actuación de segunda instancia es totalmente válida y sería absurdo considerarla como nula por consecuencia de la nulidad de la sentencia de primera, porque el objeto de esta segunda vista de la causa es precisamente enmendar aquellas nulidades.

Por consiguiente, contestamos la segunda pregunta en el sentido que hay nulidades absolutas de actos judiciales, como la nulidad del fallo en los casos mencionados.

En consecuencia, podríamos realizar un cuadro resumen de las nulidades en el proceso penal, en la siguiente forma:



Debo anticipar que, en mi concepto, hay nulidades relativas, subsanables por consiguiente de acuerdo al Art. 554, en --

que, sin embargo, el juez debe declarar la nulidad, por su importancia en la determinación del cuerpo del delito.

En su oportunidad haré el estudio de las nulidades para - destacar sus aspectos más importantes. Por el momento, me concretaré a establecer EL CONCEPTO DEL PROCESO, para distinguir claramente las nulidades que afectan al proceso en su totalidad de las que sólo afectan algunos de los actos procesales y los que sean su consecuencia inmediata y directa, y de las simples nulidades de actos o procedimientos, sin otra consecuencia.

EL PROCESO está constituido por aquella relación jurídica (compleja) que se desarrolla a través de un conjunto de actos (procesales) y que se plasman o historian en el expediente.

Couture dice que el término proceso tiene tres acepciones:

- a) Acción o conjunto de acciones que se desenvuelve progresivamente con el objeto de resolver, mediante un -- juicio de autoridad, el conflicto.
- b) Un objeto jurídico ideal. Relación jurídica que se desenvuelve y lleva a la decisión del conflicto.
- c) Expediente Judicial (1).

Nuestro concepto del proceso lo referimos a la relación - jurídica.

Es indudable que el proceso es un "algo" de carácter jurídico que cumple la función de medio para la actuación de la -- función jurisdiccional del Estado y siendo la función jurisdiccional una actividad que tiene por finalidad resolver jurídica mente, por un acto de autoridad, los conflictos entre las partes y las situaciones en general que se sometan a la decisión del tribunal, el proceso es un ente jurídico que en alguna for

(1) "Fundamento de Derecho Procesal Civil. 3a. Edición, Página de 121 a 123.

ma liga a las partes que en él intervienen y que también les impone deberes, cargas y obligaciones, al igual que al tribunal; y relacionándolos a todos entre sí, se establece lo que en general podemos llamar una relación jurídica que necesita de ciertas condiciones para nacer y para que exista proceso.

En el proceso se dan los actos procesales, que son aquellos "emanados de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aún de los terceros ligados al proceso, susceptibles de crear, modificar o extinguir efectos procesales." (1)

Procedimiento, en sentido estricto, es la sucesión de los actos en su sentido dinámico del movimiento. Los actos procesales tomados en sí mismo son procedimientos no proceso.

El procedimiento es una sucesión de actos; el proceso es la sucesión de esos actos, la relación jurídica en desarrollo.

Decía antes que para que el ente jurídico "proceso" tenga existencia válida, para la validez de la relación jurídica procesal que lo configura, se necesitan de varias condiciones o requisitos que son llamados presupuestos procesales, exigibles algunos de ellos desde que se va a decidir sobre si la demanda, denuncia o acusación es admisible.

Algunos de estos requisitos son anteriores al proceso mismo, puesto que éste en un ente jurídico que se da dentro de una organización ya establecida (el Poder Judicial) y en el ejercicio de una función específica del Estado (función jurisdiccional). Si esta organización no existe, no puede existir proceso. Establecida esta organización puede nacer el proceso, siempre que haya partes legítimas en él, es decir, capaces y legalmente establecidas como tales; necesitándose, además, que se entable un litigio válido, es decir, que la pretensión de --

(1) IBIDEM, Pág. 201.

las partes caiga en el ámbito del derecho, que sea fundamentada en las leyes vigentes y planteada ante Juez competente, de acuerdo a tales leyes. Así, se necesitan tribunal y jueces competentes, partes capaces, pretensión fundada, etc.

Los presupuestos procesales son condiciones legales que deben concurrir respecto de la acción ejercida, de la competencia del juez y de la capacidad de las partes para la validez del proceso.

Otras condiciones para la validez del proceso deben existir en el desarrollo del mismo; son exigencias legales para la validez de los actos procesales. La infracción a estas condiciones acarrea una infracción al procedimiento propiamente tal o a las formas en su sentido estricto. Ejemplo: término de prueba, nombramiento de defensor del reo, forma de la sentencia.

Por consiguiente, las nulidades en el proceso penal pueden ser:

- a) Por infracción a los presupuesto procesales. Ej.: 551 No. 1: falta de competencia (Nulidad del Proceso);
- b) Por infracción al procedimiento. Ej. 551 No. 5: dejar sin defensor al imputado;
- c) Por defectos en la "forma" de los actos procesales. Ej. 507: Nulidad de sentencia.

Algunas de las nulidades comprendidas en los literales b) y c) afectan también al proceso e impiden su desarrollo válido, por lo menos parcialmente, obligando a la reposición de los actos o de parte del proceso si la nulidad no es subsanada, como lo veremos a continuación en el desarrollo concreto de las nulidades contenidas en el Código Procesal Penal.

a) Incompetencia

El artículo 551 del CPP., en su número uno, dice: "El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1o.) Cuando el Juez carece de competencia por razón de la materia o por razón del territorio, salvo en este último caso las excepciones consignadas en este Código".

La incompetencia por razón de la materia se encuentra también en el Código de Procedimientos Civiles, por razón de que es considerada improrrogable, Art. 45 Pr.; pero aquí se agrega la incompetencia por razón de territorio, consignando en este caso algunas excepciones. En materia civil la competencia por razón de territorio es fundamentalmente prorrogable, Art. 32 - Pr., no así en materia penal que, tal como lo dice este artículo, sólo es prorrogable por vía de excepción.

La regla general sobre competencia por razón de territorio, establecida por el Art. 21 CPP, es que "será competente para juzgar al imputado el juez del lugar en que el hecho punible se hubiere cometido".

Las excepciones a la regla general que establece este artículo, son las siguientes:

Artículo 27 CPP., que se refiere a la validez de los actos de instrucción practicados por el Juez incompetente por razón de territorio y que, en el inciso tercero dice: "La declaratoria de incompetencia por razón del territorio no producirá nulidad de los actos de instrucción ya practicados". De la validez de estos actos de instrucción se sigue la validez del proceso.

Artículo 21 CPP., que se refiere a la competencia del Juez donde se inició el hecho y el del lugar donde se realiza el último acto de ejecución en caso de delito imperfecto o tentado y que dice así:

"Por regla general será competente para juzgar al imputado el Juez del lugar en que el hecho punible se hubiere cometido".

En caso de delito imperfecto o tentado, será competente tanto el Juez del lugar en donde se inició el hecho como el del lugar en donde se realizó el último acto de ejecución".---

Artículo 23 CPP., que se refiere a la competencia del Juez salvadoreño del lugar donde se inicia o se consuma el delito que ha sido iniciado en territorio extranjero y que dice:

"Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el Juez salvadoreño del lugar donde principió la acción u omisión delictiva o el del lugar del resultado".

Artículo 22 CPP., que se refiere a la competencia del Juez que comienza primero a instruir el proceso cuando se trate de delito consumado o permanente, o comenzado a ejecutar en una demarcación judicial y consumado en otra, o realizado en la línea divisoria de dos demarcaciones judiciales.

Artículo 24 CPP., que se refiere a la competencia del Juez designado por la Corte para que conozca en los casos de extraterritorialidad a que se refieren los artículos 6, 7, 8 y 9 del Código Penal.

Artículo 25 CPP., que se refiere a la competencia del Juez salvadoreño donde arriben las naves o aeronaves a bordo de las cuales se hayan cometido delitos en aguas jurisdiccionales o en espacio aéreo nacional.

Artículo 26 CPP., que se refiere a la competencia del Juez donde se aprenda al imputado con el objeto hurtado o robado, para depurar el informativo hasta dejarlo en estado de sobreseimiento, de elevación a plenario o de llamamiento a juicio.

Artículo 28 CPP., que se refiere a la competencia del --- Juez para conocer en virtud de la acumulación de un delito no cometido en su territorio, una vez depurado el informativo por el Juez originalmente competente, que es la llamada competen--cia por conexión.

Artículo 29 CPP., que crea una excepción al principio de incompetencia por razón de la materia, estableciendo la compe--tencia del Juez de lo común para conocer de un delito sujeto a la jurisdicción privativa cuando se trate de concurso ideal de delito.

La infracción a las reglas de competencia por razón de la materia y del territorio da lugar a Casación. Arts. 572 No. 1 y 573, No. 1.

b) Condiciones Objetivas de Perseguibilidad.

El Dr. Manuel Arrieta Gallegos al referirse a las condi--ciones objetivas de penalidad, dice:

"En el concepto dogmático del delito advertimos uno de --sus elementos que, aunque no es genérico, se da en cambio para varios delitos, consistente en las condiciones objetivas de pe--nalidad. Expresa don Luis Jiménez de Asúa, que el delito es --"el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Es el caso que, por razones de política criminal, algunas veces, no obstante haberse cometido un acto típicamente antiju--rídico, imputable y culpable, el legislador exige el cumpli---miento de determinadas condiciones para la perseguibilidad o -penalidad de aquel acto. Estas son las llamadas condiciones ob--jetivas de penalidad que podemos definirlas como aquellos re--quisitos o elementos objetivos ajenos propiamente al acto anti

jurídico, sin cuya concurrencia no es perseguible, ni punible." (1).

Como se ve, el distinguido jurisconsulto salvadoreño engloba en un sólo estudio las condiciones de perseguibilidad o presupuestos procesales de perseguibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

Corroborando ésto, adelante de lo relacionado, dice: "De lo expuesto se desprende que son de dos clases las condiciones objetivas de penalidad: a) las que consisten en presupuestos procesales; y b) las que consisten en la verificación de ciertos hechos o circunstancias materiales que, aunque no son de la esencia misma del acto, sin embargo se considera por el legislador necesario que se sucedan para ser punibles, por recaer precisamente en ellos el daño de la acción criminal".

Sin embargo, esta identificación no está de acuerdo con la técnica jurídica porque los Presupuestos Procesales de Perseguibilidad pertenecen al Derecho Procesal Penal y las Condiciones Objetivas de Penalidad pertenecen al Derecho Penal.

Las características propias de las Condiciones Objetivas de Penalidad son:

- a) Figuran en la ley como circunstancias totalmente ajenas a la infracción.
- b) No necesitan ser captadas por el dolo del autor.
- c) Son de concurrencia forzosa para la punibilidad, de tal forma, que mientras no se produzcan no puede castigarse el delito", (2)

Los Presupuestos Procesales de Perseguibilidad, que yo he denominado Condiciones Objetivas de Perseguibilidad porque de-

(1) "Lecciones de Derecho Penal". Pág. 322

(2) "Nueva Enciclopedia Jurídica". F.Seix. Pág.891, Tomo IV.

ben quedan objetivamente reflejadas en el proceso y para su -- comparación con las de penalidad, son actos judiciales que preceden a la investigación válida de los delitos.

La nulidad contenida en el Art. 551 No. 2, CPP., por "la falta de requerimiento del funcionario a quien corresponde dar lo o del antejuicio respectivo en los juicios seguidos por delitos para los cuales la ley determina estos requisitos previos", es un caso de nulidad por no cumplimiento de estos requisitos de perseguibilidad. Art. 414 Pn. y siguientes.

Otras Condiciones Objetivas de Perseguibilidad son:

- La acusación para proceder a que se refiere el Art. 188 Pn., en los delitos contra el honor: Difamación, Injuria, Ofensas a la memoria de un difunto y Difamación de Personas Jurídicas. Arts. 181 a 185 Pn.
- La denuncia o aviso en las causas de estupro, acceso carnal por seducción, violación y rapto. Art. 213 Pn. Excepción -- Arts. 53, 86 y 125 CPP.
- La acusación y previa sentencia civil ejecutoriada de divorcio por la causal de adulterio para proceder por este delito. Art. 266 Pn.

En estos casos, de conformidad al Art. 551 No. 4 CPP., se producirá la nulidad del proceso por "falta de acusación o denuncia, o falta de capacidad para acusar en los delitos perseguibles a instancia de parte, salvo los casos de excepción que se expresan en este Código".

La acusación o denuncia constituye un requisito para proceder o dar inicio al proceso en los casos de delitos que dependen de instancia privada o son de acción privada. La falta de acusación o denuncia impide la iniciación válida del proceso; el juez es incompetente para conocer de oficio sobre esos delitos. El proceso iniciado sin acusación o denuncia, en su caso, es nulo por falta de ese requisito procesal.

Puede existir la acusación o denuncia, procesalmente hablando, pero si ha sido realizada por una persona incapaz, produce también la nulidad.

Son capaces para ejercer acusación, las personas a quienes el Código Procesal Penal y Penal, conceden acción para ello, que sean mayores de veintiún años. Los menores pueden ejercer la acusación por medio de su representante legal. El Art. 50 - CPP., dice: "Tendrán acción para acusar por delitos y faltas que den lugar a procedimientos de oficio los titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, sus representantes legales, su cónyuge y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, mayores de veintiún años". Los que no están comprendidos en esta enumeración son incapaces para acusar. También hay incapacidades relativas para cónyuges y parientes en ciertos grados, Art. 52 CPP.

El Art. 53 CPP., dice: "Los delitos y faltas no perseguibles de oficio podrán acusarlos únicamente las personas que indica el Código Penal".

La capacidad para acusar es también un presupuesto procesal que, de no existir, da lugar a nulidad en los delitos perseguibles a instancia de parte, Art. 551 No. 4 CPP.

En los delitos perseguibles de oficio, la falta de capacidad para acusar no produce la nulidad del proceso, porque éste puede seguirse de oficio por el juez, Art. 86 CPP., pero naturalmente impide que el pretendido acusador continúe interviniendo en el proceso una vez denunciada o descubierta la incapacidad.

En realidad la capacidad del acusador es un requisito de validez para la acusación, que afecta de nulidad el acto y por consiguiente, el proceso.

La falta de capacidad para acusar, considerada como excepción dilatoria a que se refiere, el Art. 283, corresponde a --

los delitos perseguidos de oficio. En los privados tiene aplicación el Art. 551 No. 4 CPP.

En cambio la excepción de falta de personería, contenida - como segunda en el Art. 283 CPP., es aplicable a ambas clases de delitos. La falta de personería puede ser del acusador o de su representante. La personería consiste en ser la persona que puede formular la acusación o denuncia por ser el sujeto previsto en la relación penal sustancial, en el supuesto de que ésta exista. No se trata de la titularidad del derecho, porque puede que éste no exista, basta con que se pretenda su existencia.

La personería es lo que se conoce como "Legitimatío ad causam" diferente de la "Legitimatío ad procesum". Se puede estar legitimado en el proceso y no en la causa. Para algunos sería más claro hablar de capacidad general y capacidad especial, -- siendo ésta la personería.

Además, tiene personería quien realiza o ejecuta el cargo de personero o procurador judicial; se trata en este caso de tener la representación legal y suficiente de una persona para ejercer la acusación.

Caso especial sería el de la declaratoria y calificación de quiebra dolosa o culposa, hecha por el juez de comercio, para proceder a la investigación de estos delitos por el juez de lo penal. Art. 369 No. 5 CP.

No habría en este caso nulidad del proceso por falta de acusación o denuncia, pero la sentencia sería nula por "haberse pronunciado contra ley expresa y terminante", como es la citada que ordena que "en ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá criminalmente por los delitos de quiebra dolosa o culposa", sin que se llenen los requisitos mencionados. Por consiguiente-, el juez que hubiese comenzado a conocer y se diese cuenta de su error, debe declarar que no

puede seguir conociendo por no haberse llenado el anterior requisito y archivar el proceso u ordenar que se cumpla con el requisito, porque el proceso en sí no es nulo, por falta de disposición expresa que así lo diga, pero sí lo sería la sentencia, como ya se dijo.

Otro caso sería el contenido en el Art. 364 Pn., relativo a la competencia desleal, que en su inciso final dice: "Para iniciar el proceso por el delito a que se refiere este artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 497 del Código de Comercio".

El artículo mencionado dice: "Cuando el Juez de Comercio que conozca de un juicio sobre competencia desleal, advierta la comisión de hechos que puedan constituir delito, deberá certificar los pasajes pertinentes del expediente y remitirlos al Fiscal General de la República, especialmente la prueba verídica al respecto, a fin de que el mencionado funcionario, bajo su responsabilidad, promueva la acción penal que sea procedente".

En consecuencia, no es un delito perseguible de oficio, pero tampoco es exactamente lo que se conoce como delitos privados, es decir, aquéllos que sólo pueden iniciarse por denuncia o acusación de la persona ofendida, de su representante legal o de las personas expresamente determinadas por la ley. Art. 86 CPP. Estos delitos son generalmente contra el honor, el pudor y la libertad sexual. Arts. 188 y 213 Pn. Por consiguiente, el caso no estaría comprendido en el No. 4 del Art. 551 CPP.

En cambio, si puede considerar incluido en el No. 2 del Art. 551, como "falta del requerimiento del funcionario a ---- quien corresponde darlo".

El Fiscal General ejerce acusación en ciertos casos, como el contenido en el inciso segundo del Art. 188 Pn., que dice: "Si la ofensa se dirigiere contra un funcionario público, po--

drá acusar la Fiscalía General de la República". Pero en casos de delitos perseguibles de oficio, lo que hace es un requerimiento al juez competente para que inicie la instrucción del correspondiente informativo.

En el caso del Art. 364 Pn., el Fiscal no formula acusación sino requerimiento, a pesar que, como ya dije, no es propiamente un delito perseguible de oficio. Sin embargo, considero que al dejar la acción a la responsabilidad del Fiscal General y no tratándose de acusación, la única solución posible es usar del requerimiento, porque el Fiscal General o su representante, es parte en el juicio y no se trata de una simple denuncia. El requerimiento debe llenar los requisitos indicados en el Art. 133. Si el requerimiento del Fiscal General no se produce, habrá nulidad del proceso. Art. 551 No.3., CPP.

En todos los casos mencionados, excepto el relativo a la quiebra, se produce nulidad del proceso y por lo tanto el requisito necesario no puede cumplirse en el curso del mismo, -- sino que es necesario iniciar un nuevo proceso con las formalidades legales. Lo que sí puede hacerse es la legitimación de la personería una vez que se haya presentado la acusación o denuncia. Art. 283, No.2 y 289 CPP.

c) Condiciones Objetivas de Penalidad.

En el estudio anterior me referí a las características de estas condiciones. Sólo debo agregar que su identidad ha sido muy discutida, hasta el punto que, en un sentido amplio, se ha llegado a incluir entre éstas, las condiciones de perseguibilidad, como lo hizo el Dr. Arrieta, ya que, en definitiva, si aquellas condiciones o presupuestos no se cumplen, el delito no puede ser penado.

Uno de los problemas más agudos ha sido determinar si son autónomas, o no, del tipo del delito y se ha concluido que per

tenecen en cierta forma al tipo del delito porque, si no fuese así, habría que excluir del tipo los resultados de la acción - en los delitos calificados por el resultado, por ser éstos independientes de la culpabilidad.

Por esta dificultad en establecer la relación de la Condición Objetiva de Penalidad con el tipo de delito, es muy difícil encontrar casos que las ejemplaricen, pero en la legislación española se señala la condición de reciprocidad para el castigo de la violación de la inmunidad personal del jefe de un Estado extranjero; y en relación a los delitos cometidos en el extranjero por un español contra un extranjero, para ser juzgados en España, la circunstancia de que el hecho sea delito en el país en que se perpetuó. La primera estaba comprendida en el Art. 114 del derogado Código de Instrucción Criminal, pero actualmente es tratado simplemente como violación de inmunidades diplomáticas, en el Art. 390 Pn.

En estricto sentido, las Condiciones Objetivas de Penalidad, no de perseguibilidad, no vienen siendo tales; si examinamos cada uno de esta clase de hechos, en los cuales hay una aparente condición de penalidad, más bien resultan ser excusas absolutorias, vale decir, hechos punibles que no son sancionables. Pero hay más; la excusa absolutoria, propiamente viene manifestándose en el curso de la evolución dogmática como un caso de atipicidad. Es por ello que el Dr. Arrieta Gallegos, luego de exponer las teorías de Manzinni y del Dr. José Enrique Silva, al finalizar dice: "En la generalidad de estos casos, la excusa absolutoria, por obra de la dogmática, está constituida y se convierte en una especie de atipicidad", con lo que demuestra su conocimiento de la evolución que alcanzaba la dogmática como sistema y la presencia del Código de Instrucción Criminal, eminentemente clásico, a la fecha de sus "Lec--ciones".

d) Otras Nulidades

Hasta esta parte me he referido a las nulidades del proceso relativas a la incompetencia y a las condiciones de perseguibilidad, sancionadas por el Art. 551 CPP. en sus numerales primero, segundo y cuarto. Ahora me referiré a los numerales tercero y quinto del mismo artículo que consignan las nulidades relativas a la falta de recepción a prueba y a haber dejado sin defensor al reo.

NULIDAD del Art. 551 No. 3 CPP.: "La falta de recepción a prueba en cualquiera de las instancias cuando proceda conforme a la ley."

Este caso de nulidad es común a los procedimientos civiles y se encuentra establecido en el artículo 1117 Pr., que, además, contiene como causal de nulidad la denegación de prueba, debiendo también considerar incluida esta última nulidad en el procedimiento penal por aplicación del Art. 711 CPP.

La falta de recepción a prueba consiste en que no se abre a prueba el juicio, es decir, que no hay en el proceso un auto del juez que habilite un período dentro del mismo para la recepción de las pruebas que puedan presentar las partes.

La denegación de prueba, en cambio, consiste en que, estando abierto a prueba el proceso, el juez rechaza la presentación o realización de una prueba ofrecida o solicitada por una parte.

Hay casos en que la prueba ofrecida o solicitada debe ser rechazada por el juez, como es el caso de la prueba impertinente, respecto de lo cual el artículo 240 del Pr., dice:

"Las pruebas deben ser pertinentes, ciñéndose al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes".

Así, sería impertinente en un proceso penal que el acusado de robo de cierta cantidad de dinero ofreciera probar con testigos que el ofendido le es deudor de un radio que éste extravió estando en su poder en depósito, porque la prueba de tal hecho en nada afecta la calificación del delito ni la responsabilidad del imputado.

Tanto la falta de recepción a prueba como la denegación de pruebas pertinentes dan lugar a casación por motivo de forma, de conformidad al Art. 573 CPP., que dice:

"Hay motivo de forma en los siguientes casos:

- 4o.)- Por falta de recepción a prueba en cualquiera de las instancias, cuando fuere procedente;
- 5o.)- Por denegación de pruebas pertinentes propuestas en tiempo y forma y que hayan producido indefensión o impunidad".

La apertura a prueba está expresamente ordenada en el procedimiento penal para los juicios ordinarios, sumario y verbal, de conformidad a los artículos 299, 300, 405 y 402 del CPP.

Otro caso, diferente a los contemplados ocurre cuando el juez da por concluido el término de prueba antes de que transcurran todos los días que de acuerdo a la ley, deben estar comprendidos en dicho término. Existe un término de prueba incompleto.

Ya he manifestado que originalmente toda irregularidad del proceso, daba lugar a nulidad. Posteriormente la nulidad se limitó sólo a aquellas irregularidades más graves que se consideró lesionaban normas importantes de la administración de justicia y del proceso. Por eso se habla de irregularidades trascendentes e intrascendentes, según tengan o no sanción por su defecto.

Entre las trascendentes se distinguen las que dan lugar a inexistencia y las que producen nulidad.

Por último se distingue entre nulidades EXPRESAS e IMPLICITAS. Esto es consecuencia del principio de la limitación o taxatividad de las nulidades a que me he referido. Dice Hernando Davis Echandía, que "si bien es indispensable limitar la nulidad a los vicios esenciales, cuando el legislador no los contempla taxativamente, debe aceptarse que los casos señalados - en la ley, no son los únicos y que el remedio debe ser igual - cuando se incurra en otros vicios de similar importancia, principalmente cuando se desconozcan los principios del derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral"(1)

Con este panorama podemos afirmar:

- 1) En nuestra Ley las nulidades deben ser expresas. Art.- 115 Pr. y 550 Pn.
- 2) La falta de recepción a prueba produce nulidad. Art.-- 551 No. 3P. Da lugar además a casación: Art. 573, No. 4.
- 3) No se contempla el caso del término de prueba incompleto.

Por consiguiente, con un criterio estricto podemos afirmar que no habría nulidad por no haberse completado el término de prueba.

Analícemos ahora si, con un criterio amplio, podría admitirse que al no completarse el término de prueba ha habido --- "falta de recepción a prueba", en el sentido que la ley la requiere, de quince días para los juicios ordinarios, por ejemplo, y que al no cumplirse el término completo ha faltado el término de prueba.

No se trata de ver si es una nulidad implícita, porque és

(1) "Compendio de Derecho Procesal". T. I, Pág. 534.

to queda excluído por el principio legal de la taxatividad de las nulidades. Se trata de ver si la reducción del término de prueba queda incluído en el concepto de "falta de recepción a prueba". No se trata de crear una nueva nulidad por analogía, sino de ver si este caso está comprendido en la expresión de la ley, no en su espíritu.

El Art. 114 CPP., permite la "abreviación", mediante manifestación expresa de las partes, de los términos establecidos a su favor.

El Art. 310 CPP. dice: "Concluído el término probatorio o renunciado en su caso, el juez correrá traslados.....".

Pero el Art. 550 CPP., estableció la nulidad por "falta de recepción a prueba en cualquiera de las instancias cuando proceda conforme a la ley". Debemos preguntarnos entonces cuál es el caso de renuncia a que se refiere el 310, y no encontramos en todo el Código otro caso que se refiera al término de prueba, más que la abreviación de que habla el 114. En consecuencia, considero que la "renuncia" que menciona el 310, se refiere en realidad a la abreviación del 114, por no haber disposición expresa que se refiera a la renuncia y porque la falta del término de prueba, aún por renuncia de las partes, produciría nulidad, puesto que el Art. 550 en su numeral tercero no hizo excepción del caso de renuncia.

En conclusión, no está permitida la renuncia del término de prueba e en otras palabras, siempre debe habilitarse el término de prueba en el proceso. Pero sí está permitida la abreviación del término por consentimiento de las partes.

¿Habría nulidad si la abreviación del término se produce sin consentimiento de la parte? Opino que NO. Si consideráramos incluída la nulidad por abreviación, en la disposición del 550 No. 3, esta nulidad sería absoluta e insubsanable, de conformidad al Art. 552. Si ello fuere así, la abreviación del término

produciría nulidad aunque fuese con consentimiento de las partes, por ser nulidad absoluta e insubsanable, lo que es contrario a una disposición expresa de la ley, Art. 114. Es decir, - que la interpretación amplia de la disposición del 550 No. 3, nos llevaría a establecer nulidad absoluta en un caso que está expresamente admitido y permitido por la ley, lo que es absurdo.

Este resultado nos indica que la abreviación del término de prueba no debe incluirse como irregularidad que produce nulidad en la expresión "falta de recepción a prueba".

¿Qué solución habría para la parte que no haya hecho uso del término de prueba cuando éste se da por concluído antes de que transcurran los días que debieran estar comprendidos en dicho término?

No podría reclamar nulidad, porque de acuerdo a lo anteriormente explicado sería improcedente.

Podría, en cambio, hacer uso del AMPARO CONSTITUCIONAL por no haber sido "oído y vencido en juicio con arreglo a la ley", puesto que no se cumplió con el término de prueba requerido, - que debe ser completo (Art. 248 Pr., en relación al 711 CPP.) y además por no haber recurso en el proceso penal para solucionar el agravio. Arts. 12 y 13 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

RESUMIENDO: El término de prueba incompleto no puede equipararse a la falta de recepción a prueba, como motivo de nulidad, porque sería contrario al principio de disponibilidad contenido expresamente en el Art. 114 CPP. De admitirse la equiparación, la nulidad que se produciría sería absoluta, insubsanable aún por voluntad de las partes, que tampoco podrían renunciar a parte del término anticipadamente como lo permite el --

114. El agraviado con esta irregularidad, puede hacer uso del Amparo Constitucional.

NULIDAD DEL ART. 551 No. 4 CPP.: "Haber dejado sin defender al imputado".

Esta nulidad es consecuencia de los principios constitucionales contenidos en los Arts. 163 y 164 de la Constitución que establecen la protección de la vida, la libertad y otros bienes del hombre y de la garantía del derecho de audiencia y de defensa en juicio.

El Código Procesal Penal en el numeral cuarto del Art.198 establece:

"El auto de elevación a plenario será motivado y contendrá:

4o.)- Prevención al imputado detenido que no tuviere defensor, para que en el acto de la notificación exprese si se defenderá por sí, caso tener capacidad para ello, o para que nombre defensor dentro de las veinticuatro horas siguientes, bajo el apercibimiento de nombrarle defensor de oficio si no manifestare que se defenderá por sí mismo o no nombrare defensor en término señalado".

Para el caso del reo ausente se le emplaza por medio de edicto para que nombre defensor.

El Art. 290 CPP. dice: "Si terminado el juicio de instrucción no procediere el sobreseimiento y el procesado no hubiere sido capturado o se hubiere fugado antes de nombrar defensor, el juez dictará nuevas órdenes de captura y lo emplazará por un sólo edicto con quince días de término para que se presente a manifestar su defensa".

El Art. 291 CPP., en su inciso tercero dice: "El edicto de emplazamiento comprenderá:

3o.)- El término dentro del cual el procesado deberá presentarse a nombrar defensor, con el apercibimiento de que será declarado rebelde si no lo hiciera".

Si el reo ausente no nombra defensor, el juez lo declarará rebelde y suspende el procedimiento. Art. 292.

Si el reo es presente y no nombra defensor después de habersele notificado el auto de elevación a plenario que contiene la prevención para que nombre defensor, el juez lo nombra en la siguiente audiencia, Art. 62 CPP., inciso 4o.

Esta nulidad da lugar a interponer Casación de conformidad al No. 3 del Art. 573 del CPP.

3- Efectos de las Nulidades Absolutas.

El Art. 552 CPP, establece el efecto de estas nulidades del proceso que son las características de las nulidades absolutas y dice así:

"Las nulidades absolutas señaladas en el artículo anterior no podrán cubrirse ni aún por expreso consentimiento de las partes y deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso".

La nulidad se produce a partir del acto viciado de nulidad o en que se omitió realizar lo prescrito por la ley bajo pena de nulidad.

4- Nulidades de actos o procedimientos. Nulidades relativas.

La nulidad de actos o procedimientos consiste en una infracción a las reglas procesales que no afecta la relación jurídica en si misma, en cuanto a su existencia, pero, en algunos casos, impide el desarrollo válido de todos los actos con-

secutivos que dependan o se relacionen estrechamente con el acto nulo o afectado de nulidad, obligando a la reposición de ellos, Art. 553 CPP.

En otros casos, únicamente es nulo el acto y debe reponerse. Por ejemplo: nulidad de un acta de inspección por no estar firmada por el secretario.

La nulidad de actos, propiamente tal, consiste en una infracción a las normas legales en cuanto a las condiciones relativas a los medios y forma externa de realización o manifestación de esos actos.

La nulidad de procedimiento, es una infracción a las normas legales relativas a las solemnidades y a la adecuación del lugar u oportunidad que a cada acto le corresponde en el desarrollo del proceso en relación al principio de preclusión. Ejemplo: sería nula una declaración de testigo, aún efectuada con todas las formalidades necesarias, si se efectúa después del término de prueba y fuera de la vista pública.

Se distinguen de las nulidades absolutas en que se subsanan cuando las partes que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado expresamente los efectos del acto, o tácitamente, si después del acto anulable hubieren contestado una audiencia o comparecido a cualquier diligencia relacionados con el acto nulo sin haber alegado tal nulidad. Art. 554 CPP.

Se distinguen de las nulidades relativas del procedimiento civil en que las nulidades del proceso penal pueden ser declaradas de oficio, en cualquier estado del proceso. Art. 553 CPP. Las civiles, en cambio deben hacerse saber a la parte para ver si las ratifican o no. Art. 1124 Pr.

¿Puede el juez declarar de oficio una nulidad relativa cuando se haya dado el caso de subsanación tácita?

En principio, la contestación afirmativa estaría en con--

- Art. 201 : Nulidad de la declaración como testigos contra el -
imputado de su cónyuge, ascendientes, descendientes
o hermanos, salvo que el delito se hubiere cometido
contra una persona al que los liga igual parentezco
que con el imputado.
- Art. 210 : Nulidad por no examinar el juez cada testigo separada
damente y en presencia del secretario.
- Art. 224 : Nulidad por no practicar los peritos conjuntamente
el examen encomendado.
- Art. 283 : Nulidad por falta de personería del acusador o de -
No. 2 su representante, Art. 289. Esta es una nulidad re-
lativa, subsanable. Art. 289 CPP., diferente a la -
incapacidad absoluta para acusar a que se refiere -
el Art. 551, No. 4.
- Art. 303 : Nulidad por no señalar previamente lugar, día y ho-
ra para diligencias de prueba en el término probatori
o y por no citar a las partes para tal diligencia
con un día de anticipación por lo menos.
- Si la parte asiste a la diligencia queda subsa-
nada. Art. 573 No. 6.
- Art. 507 : Nulidad de la sentencia por no estar autorizada con
No. 4 la firma del juez y del secretario.
- Art. 555 : Nulidad por no estar autorizado por el juez o miem-
bro del tribunal a quien corresponda hacerlo y por
el secretario, todo decreto de sustanciación o auto
interlocutorio.

Estas nulidades son en principio subsanables de con-
formidad al Art. 554 CPP. Sin embargo ya me he referi
do a que hay casos en que la subsanación no debe
admitirse, como el caso de los peritos que actúan -
sin juramento. Todavía más claro es el caso del No.

tradición con lo establecido por el Art. 554 CPP, porque expresa que las nulidades "quedan subsanadas" por aceptación expresa o tácita de la validez del acto; no dice que podrán ser subsanadas, sino que ordena que se tengan por subsanadas.

Sin embargo, por otra parte, cuando el acto relativamente nulo es imprescindible en el proceso para la determinación del cuerpo del delito, la situación es diferente.

El cuerpo del delito es la base para el proceso penal. El Art. 150 CPP., dice: "La base del procedimiento en materia penal será la comprobación de la existencia de un hecho que la Ley reputa delito". Esto es así porque "el juicio penal tiene por objeto establecer la existencia de una infracción penal, a veriguar quién o quiénes la cometieron y sancionar o absolver a las personas que resultaren o fueren declaradas culpables o inocentes". Art. 1 CPP. Por su parte el Art. 1 del Código Penal dice: "Nadie podrá ser sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles, ni podrá ser sometido a penas o a medidas de seguridad que ella no haya establecido previamente".

Por consiguiente, la determinación del cuerpo del delito es esencial para el proceso penal, aún con lo dispuesto por el Art. 247 CPP, inciso segundo, y es obligación del juez determinarlo por medios válidos, porque de lo contrario, podría producirse la nulidad del veredicto por no estar suficientemente -- probado el cuerpo del delito, Art. 390 No.4, o, en el caso -- del juicio sumario, se revocaría la sentencia y se sobreseería en la apelación del fallo que se interpusiese. Art. 400 y 403 CPP.

Opino que en estos casos el juez debe declarar la nulidad y no esperar a que ésta sea subsanada por intervención de la parte y aún creo que debería declararla después de subsanada -

tácitamente, aunque se estaría en contradicción con el Art.554, dándole prevalencia a la facultad que le concede el Art. 553 - de declarar la nulidad en cualquier estado de proceso.

Un ejemplo sería cuando se ordenase examen de vísceras -- por un laboratorio particular para la determinación de si ha habido envenenamiento y por consiguiente homicidio en la muerte de una persona. En este caso debe nombrarse perito al Jefe o Director del laboratorio y por consiguiente debe de ser juramentado. Si no es juramentado su dictamen sería nulo, Arts.160 y 162, inciso tercero; 166 y 84 CPP. Esta nulidad debe declararse y ordenarse la reposición del acto.

a) Nulidad de los actos judiciales en general. Subsana---
ción.

LAS NULIDADES DE ACTOS O DILIGENCIAS JUDICIALES CONTENI--
DAS EN EL CODIGO PROCESAL PENAL, por falta de las formalidades que para ellos se prescribe, son las siguientes:

Art. 84 : Nulidad del dictamen de los peritos accidentales -- que no hayan sido previamente juramentados.

Art. 94 : Nulidad por no usar el idioma castellano en los actos y diligencias que se realicen en el territorio de la República, con excepción de los términos técnicos o de uso corriente que no tuvieren equivalente.

Art. 100 : Nulidad por no realizar el juramento previo a la -- práctica de una diligencia cuando así lo ordena la ley.

Art. 101 : Nulidad por falta de firma del juez o del secreta--
rio, en las actas que se levanten de diligencias ju
diciales.

4 del Art. 507, de falta de firma del juez o del se
cretario en la sentencia; no se concibe que haya un
auto posterior del juez ordenando que se firme la -
sentencia por haber notado que no está firmada.

Art. 719 : Nulidad por dictar el juez lego, falta el hecho in-
No. 2 vestigado, sobreseimiento, elevación a plenario, lla
mamiento a juicio o sentencia definitiva, sin con--
sulta de letrado con noticia de las partes.

Lo que se sanciona con nulidad es la falta de -
notificación a las partes y no la falta de consulta
con letrado.

El Código de Instrucción Criminal contenía disposiciones
similares que es necesario recordar para entender mejor lo dis
puesto por el Código Procesal Penal.

El Art. 185 I., al referirse a la declaratoria de falta -
que mencionaba en el inciso primero, decía en el inciso sexto:

"Si el juez fuere lego no podrá en ningún caso hacer lo -
que disponen los primeros incisos de este artículo sin previa
consulta de letrado, acordada con noticia del Fiscal del Jura-
do y del acusador si lo hubiere, y del reo si estuviere presen
te, pena de nulidad y de veinticinco a cincuenta colones de --
multa que le impondrá la Cámara respectiva sin formación de --
causa".

De acuerdo a esta redacción, la nulidad alcanzaba o com--
prendía al hecho de dictar la resolución sin consultar con le--
trado.

Pero el Art. 186 I, al referirse al sobreseimiento y a la
elevación a plenario, decía:

"Si el juez de 1a. Instancia instruyere las diligencias -
de que habla el Capítulo anterior, procederá, terminadas que -

sean, como se previene en los cinco artículos precedentes y si fuere lego no podrá en ningún caso decretar el sobreseimiento ni elevar a plenario la causa, sin previa consulta de letrado, acordada con citación del Fiscal y del acusador si lo hubiere, y del reo si estuviere presente, so pena de declarársele incurso por la Cámara respectiva en la multa de VEINTICINCO a CINCUENTA COLONES".

Se ve claramente que este caso no se sancionaba con nulidad sino con multa. Es decir, que el sobreseimiento y la elevación a plenario sin consulta de letrado no producía nulidad.

Es absurdo que únicamente se sancionara con nulidad la declaratoria de falta y no el sobreseimiento, pero así es. La redacción de estos artículos no dejaba lugar a la interpretación.

Veamos ahora el Art. 719 del Código Procesal Penal. Dice así:

"Si el Juez fuere lego no podrá en ningún caso, sin previa consulta con letrado, dictar las siguientes resoluciones: auto de sobreseimiento, auto de declaratoria de falta, auto de elevación a plenario o de llamamiento a juicio y de sentencia definitiva.

La consulta con letrado se acordará con noticia de las partes, pena de nulidad de la resolución que se pronuncia".

Aquí también, la consulta con letrado aunque obligatoria para el Juez, no se sanciona con nulidad si no se efectúa. La nulidad está referida exclusivamente a la notificación a las partes, repitiéndose el absurdo, porque es más importante efectuar la consulta que la notificación a las partes de que se efectuará, excepto el caso de que la parte pudiese recusar al asesor.

De acuerdo a lo anterior, la resolución dada por Juez lego, sin consulta con letrado, no produce nulidad.

En realidad, debiera producirla y así debería regularse, sobre todo considerando que como la ley dice "no podrá", el -- juez realmente está actuando sin competencia, porque como dice Chiovenda: "La competencia es el conjunto de las causas en que, con arreglo a la ley, puede un juez ejercer su jurisdicción, y la facultad de ejercerla dentro de los límites en que le es atribuída". Estos límites son geográficos y legales. El juez le go no tiene competencia legal para resolver en los casos mencionados, sin consulta.

Caso especial lo constituye el Art. 275 CPP. que se refiere a los casos en que el juez de Primera Instancia, debe decretar SOBRESIMIENTO, porque la inobservancia de estas disposiciones NO PRODUCE NULIDAD DEL ACTO MISMO, es decir, del auto de sobreseimiento, sino que PRODUCE NULIDAD DEL VEREDICTO y -- por consiguiente de la sentencia, en algunos casos, y en otros únicamente nulidad de la sentencia. Además, la nulidad para el caso de que el fallo sea contrario a la cosa juzgada se encuentra como motivo expreso de nulidad únicamente en casación, pero tal nulidad puede declararse en segunda instancia como veremos.

De acuerdo al Art. 548 CPP., inciso segundo, el tribunal de segunda instancia en las causas de que conozca en consulta o en apelación. "Según sea de derecho, puede confirmar la sentencia, reformarla, o declararla nula ordenando su reposición". Y ya sabemos -- que de conformidad al Art. 550 CPP., "ningún acto procesal será declarado nulo si la nulidad no está determinada por la ley". En consecuencia, si se eleva a plenario una causa en contra de lo dispuesto por el Art. 275 CPP., en la apelación respectiva dicho auto no se anula sino que se revoca; pero si no se apelare y, continuada la causa, el jurado emitiría un veredicto condenatorio, al dictarse la sentencia y apelarse de ella, o si conoce en consulta, el tribunal superior

- e) Debe sobreseerse "por la extinción de la responsabilidad penal o por la excepción de cosa juzgada". Art. 275, No. 5.

Nulidad del veredicto "cuando era procedente dictar auto de sobreseimiento por haber concurrido alguna de -- las causas.....de exclusión de responsabilidad penal". Art. 390, No. 3.

La cosa juzgada constituye caso especial.

La cosa juzgada no está comprendida en los artículos 119 y 120 del Código Penal como causa de extinción de la acción penal o de la pena. Tampoco la ha considerado así el Art. 275 -- del CPP., porque la distingue de las causas que excluyen de -- responsabilidad y de la extinción de la responsabilidad penal, considerándola separadamente como excepción de cosa juzgada.

El Art. 282 CPP., en el numeral segundo, considera que es excepción perentoria "haber sido juzgado el imputado con anterioridad por la misma causa o hecho que hubiere dado origen al proceso". Sin embargo, no señala efecto de nulidad para el caso de que la excepción sea desestimada. No obstante, el Art. - 572, relativo a casación, dice que "También se entenderá que - hay motivo de fondo: 2o.)- Cuando hubiere error al admitir o - desestimar en la sentencia definitiva las excepciones perentorias de cosa juzgada, prescripción, amnistía o indulto".

De acuerdo a lo anterior, la desestimación de la excep--- ción de cosa juzgada da lugar a casación de la sentencia definitiva y en este caso el tribunal no anula la sentencia sino que la revoca y pronuncia sobreseimiento definitivo. Art. 288.

También puede pronunciarse el sobreseimiento definitivo - en consulta o en apelación cuando conoce el tribunal de segun-

da instancia. Si no se hubiese alegado en la primera instancia, podría alegarse en la segunda, por aplicación del principio contenido en el Art. 1014 Pr., que dice que en segunda instancia pueden las partes "alegar nuevas excepciones y probarlas". En el caso de la cosa juzgada la prueba es documental y se establece con la certificación respectiva.

Para completar este estudio todavía podríamos preguntarnos qué efectos produce el sobreseimiento definitivo.

En mi concepto produce la excepción de cosa juzgada, de acuerdo a la redacción del Art. 277 CPF., que dice:

"El sobreseimiento en los casos de los números primero, - cuarto y quinto del artículo 275, será definitivo.

En los casos de los números segundo y tercero, el sobreseimiento se entenderá provisional en el sentido de que podrá reabrirse la causa si dentro del término de un año de haber sido confirmado se solicitare por la Fiscalía General de la República, la práctica de nuevas diligencias;....."Esto significa, a contrario sensu, que en caso de sobreseimiento definitivo no puede reabrirse la causa, produciendo en consecuencia la excepción de cosa juzgada, si se opone al intentar reabrirse la causa, o aún en otro proceso con el mismo objeto y contra la misma persona. Art. 4 CPP.

b) Nulidad del Veredicto.

El veredicto del jurado no admite recurso alguno (Art.389), pero algunas de sus nulidades pueden ser declaradas en primera instancia de oficio o a petición de parte en los casos de los números primero, segundo, tercero y cuarto (Art. 321), siempre que el auto de elevación a plenario no hubiere sido pronunciado o confirmado por un tribunal superior; lo cual es lógico, - porque una resolución de un tribunal inferior, en este caso el juez que conoce la causa, no puede prevalecer sobre la decisión

del superior. Igualmente puede declararse la nulidad en primera instancia cuando se trate de que una persona no estaba en pleno goce de sus derechos civiles o políticos, o era menor de veintiún años, siempre que esas circunstancias se establezcan con prueba instrumental. Esto también se basa en el principio de la preclusión del proceso, puesto que si tales extremos pretendieron probarse con prueba testimonial sería necesario un nuevo período de prueba para tal efecto, lo cual va contra el principio antes enunciado; en cambio, la prueba instrumental puede presentarse en cualquier estado del juicio. Art. 270 Pr.

El inciso segundo del Art. 391 dice que: "También podrá ser declarada la nulidad del veredicto del jurado en segunda instancia de oficio o a petición de parte, con base en cualquiera de los números a que se refiere el artículo anterior".

Previamente se ha dicho que el veredicto del jurado no admite recurso alguno y debemos preguntar cómo es posible que la nulidad del veredicto pueda ser entonces declarada en segunda instancia. La explicación es que el veredicto es la base para la sentencia definitiva. (Arts. 505 y 507, No. 2 del CPP.) y siendo ésta apelable (Art. 520 CPP.), al apelarse de ella se alega la nulidad de la sentencia basada en nulidad del veredicto; siendo así, en segunda instancia puede y debe ser declarada la nulidad del veredicto, cuando proceda, como acto previo para la declaratoria de la nulidad de la sentencia, ordenando posteriormente la reposición correspondiente o decretando el sobreseimiento según sea el caso.

En resumen la nulidad del veredicto puede ser solicitada al mismo Juez que conoce de la causa, antes de dictar sentencia, o apelarse de dicha sentencia por estar basada en un veredicto considerado nulo para el efecto de que tal nulidad sea declarada en el recurso mencionado. Por supuesto que la apelación para dicha finalidad también es procedente aunque el Juez

que conoce o conoció de la causa haya denegado la nulidad del veredicto solicitado.

Si la nulidad es declarada en primera instancia y no procede el sobreseimiento, se ordena una nueva insaculación y sorteo de listas parciales de jurados, señalando día y hora para ello, e inmediatamente después se señala lugar, día y hora para la nueva vista pública. Arts. 392, 330 y 336 del CPP. El -- nuevo jurado se hará a costa del funcionario culpable y si la nulidad ha sido declarada por incapacidad del jurado o porque dio su voto por cohecho, intimidación o violencia será condenado en costas, daños y perjuicios el jurado culpable.

La tramitación del recurso de apelación sigue las normas generales de este recurso, con la diferencia de que se admite la apertura a pruebas únicamente en el caso de los números --- quinto, sexto y séptimo del Art. 390 y que puede ser declarada de oficio, aunque ninguna de las partes haya pedido dicha nulidad, en contra de la prohibición de la "reformatio in pejus" y del principio de que "tantum devolutum quantum appellatum".

El artículo 390 del CPP., menciona los CASOS DE NULIDAD - DEL VEREDICTO, que pueden alegarse, de conformidad al Art. 389, en primera o en segunda instancia o en casación, según el caso.

Estas nulidades son:

1o.) Atipicidad del hecho como delito o si fuese falta.

En el primer caso, el Juez debió haber decretado el sobreseimiento de conformidad al Art. 275, No. 1; en el segundo, remitir el proceso al Juez de Paz para su tramitación declarándo lo falta, o certificar los pasajes conducentes si en el mismo proceso se conociere de algún delito, según el Art. 281 CPP.

Esta nulidad puede declararse en primera instancia de conformidad al Art. 391 CPP.

Si la nulidad no es declarada en segunda instancia hay lugar a Casación de conformidad al Art. 571 No. 1 del CPP.

2o.) Cuando el delito sometido a conocimiento del jurado no fuere de la competencia de los jueces del fuero común o esté comprendido en el Art. 317.

Los Jueces que tienen jurisdicción privativa son los de Hacienda, Tránsito y Militares, aunque en el caso de concurso ideal de delitos puede conocer el Juez de lo común pero sin someter la causa al conocimiento del jurado. Art. 29 CPP.

El jurado conoce únicamente de los delitos comunes cuya pena tenga un límite mínimo de tres años de prisión y el Art. 317 señala las causas que quedan excluidas del conocimiento -- del jurado.

Esta nulidad puede declararse en primera instancia de conformidad al Art. 391 CPP.

Hay lugar a Casación de conformidad al Art. 572, No.1 CPP.

3o.) Cuando era precedente dictar auto de sobreseimiento por haber concurrido algunas de las causas de extinción o de exclusión de la responsabilidad penal. Art. 275, No. 4 y 5; Art. 36 a 40 y 119 a 127 del Código Penal.

Hay lugar a Casación de conformidad al Art. 572, No. 2 -- CPP.

4o.) Cuando la causa se hubiere sometido a conocimiento del jurado sin estar suficientemente probado el cuerpo del delito o sin existir contra el imputado la prueba necesaria de su participación.

Esta nulidad puede declararse en primera instancia de conformidad al Art. 391 CPP.

El juicio penal tiene por objeto establecer la existencia de una infracción penal, averiguar quién o quiénes la cometieron y sancionar o absolver a las personas que resultaren o fueren declaradas culpables o inocentes. Art. 1 CPP. Si no se establece el cuerpo del delito no puede haber proceso y si no -- hay prueba suficiente contra el imputado no puede haber pena alguna y como, en los casos en que el proceso se somete a conocimiento del jurado, el fallo se funda en el veredicto sin que el juez haga valoración sobre la prueba (Art. 507 No. 2), no -- habiendo prueba de la delincuencia, el veredicto necesariamente debe ser anulado.

Si hay error en la apreciación de las pruebas, cuando no se han dejado a juicio prudencial del juez, hay lugar a Casación de conformidad a los Arts. 570 No. 9, 573 No. 7 y 589.

5o.) Cuando alguno de los jurados era incapaz de acuerdo con los números primero, segundo, tercero y cuarto del Art. 320 y los números primero, segundo, tercero, cuarto y sexto del -- Art. 321.

De acuerdo a ésto, las incapacidades de los miembros del jurado para ser tales que acarrean nulidad son las siguientes:

- No tener 21 años cumplidos.

Puede declararse en Primera Instancia mediante prueba instrumental. Art. 391 CPP.

- No estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos.

Puede declararse en Primera Instancia mediante prueba instrumental. Art. 391 CPP.

- No saber leer ni escribir.

- Ser ciego, mudo y sordo.

- Encontrarse en interdicción judicial.

- Haber sido procesado o declarado sujeto peligroso.
- Haber integrado otro jurado en que se debatió el mismo caso y cuyo veredicto se hubiese anulado.
- Haber intervenido en la causa como Juez, Secretario, -- testigo, intérprete, perito, asesor, acusador, Fiscal o defensor.
- Ser empleado del Tribunal donde se hubiere tramitado el proceso o donde se realizare la vista pública.
- Ser el ofendido del delito.
- Ser cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de con--sanguinidad o segundo de afinidad o por adopción del imputado, del ofendido o de cualquiera de las partes que intervienen en la vista pública.
- Ser socio Colectivo del imputado, del ofendido o de las partes que intervinieren, o ser el mandatario o haber ejercido mandato en representación de cualquiera de -- los mismos.
- Ser tutor o curador del imputado o del ofendido

Hay lugar a Casación de conformidad al Art. 571, No. 9, le tra "c".

60.) Cuando a la formación del veredicto haya concurrido uno o más votos obtenidos por cohecho, intimidación o violencia.

En este caso, como en el anterior los jurados culpables son condenados en las costas, daños y perjuicios causados a -- las partes, al igual que los funcionarios culpables, pero si -- la nulidad es declarada en primera instancia únicamente se hará el nuevo jurado a costa del Juez. Art. 393, CPP.

En este caso también puede abrirse a pruebas en segunda -- instancia, Art. 535, con la característica de que los testigos deben declarar en la sala de audiencia ante cualquiera de los Magistrados de la Cámara. Art. 536, inciso 3o.

7o.) Cuando intervino como jurado persona no comprendida en la lista parcial respectiva.

Estas listas son las elaboradas por el Juez y están integradas por doce personas de las comprendidas en la lista de la calificación definitiva de personas aptas para ser jurados, hecha de conformidad a los Arts. 325 y 326.

En este caso también puede pedirse la recepción a prueba de la causa según el Art. 535 del CPP.

En todos los casos en que se pide la apertura a prueba la solicitud debe hacerse al expresar o contestar agravios y en lo pertinente a los puntos alegados. Art. 535.

Hay lugar a Casación según el Art. 570 No. 9

8o.) Cuando el veredicto no estuviere firmado por los cinco jurados que lo emitieron.

El acta del veredicto debe ser firmada por todos los jurados (Art. 368) y el Juez debe comprobar que así se ha hecho y que llena todos los requisitos necesarios y en caso de haber nulidad se le impone al Juez una multa de cien colones, Art. 370, quedando siempre obligado a la realización a su costa del jurado y a la reparación de las costas, daños y perjuicios causados a las partes -si la nulidad se declara en segunda instancia.- Art. 393.

Hay lugar a Casación según el Art. 570 No. 9, literal "c".

9o.) Cuando no se formularon las preguntas con la separación que ordenan los Arts. 332 y 333, salvo si la falta se subsanó oportunamente.

Estos artículos ordenan que se haga pregunta separada para cada imputado y para cada delito; pero si se trata de delito complejo se hace pregunta separada para cada imputado y respecto de un sólo delito.

Hay lugar a Casación, según Arts. 571 No. 4 y 573 No. 7 - CPP.

c) Nulidad del fallo o sentencia.

El fallo lo constituye propiamente la sentencia definitiva del proceso.

El Art. 507 CPP. al referirse a los requisitos y formalidades de dicha sentencia, ordena que debe llevar o tener "la firma del juez y secretario, bajo pena de nulidad".

La infracción a esta formalidad de la sentencia ha sido la más generalmente considerada como productora de nulidad de la sentencia definitiva. Además, es común a las otras resoluciones judiciales, de conformidad al Art. 555 CPP que dice que "todo decreto de sustanciación o auto interlocutorio que no esté autorizado por el juez o miembro del tribunal a quien corresponda hacerlo y por el secretario, es nulo; pero tal nulidad no será declarada si las partes hubieren intervenido con posterioridad a la notificación de la providencia nula sin haber alegado tal nulidad".

¿Será subsanable la nulidad de la sentencia definitiva por falta de firma del juez o del secretario, si la parte interesada no reclama tal nulidad habiendo sido notificada?

Respondo negativamente. De acuerdo al Art. 1130 Pr., la nulidad que consiste "en no haberse autorizado el fallo en la forma legal" no puede cubrirse ni aún por expreso consentimiento de la parte y debe declararse a pedimento de ésta o de oficio en cualquiera de las instancias. Por consiguiente, si no se apelare de la sentencia, al conocer de ella en consulta el tribunal de segunda instancia debe declarar la nulidad correspondiente. Arts. 711 y 548 CPP.

Pero además de este caso, existen otras infracciones que pueden dar lugar a que se anule la sentencia, como sería la de haber sido pronunciada "contra ley expresa y terminante", Art. 1130 Pr.; por ejemplo, en el caso de que el juez sobresea al imputado de violación propia por perdón expreso de la ofendida, con lo que contradeciría la disposición del Art. 88 del -- CPP. que dice claramente: "tratándose del delito de violación propia sólo el perdón presunto extingue la acción penal". En otros casos la nulidad de la sentencia puede ser declarada en -- Casación, como cuando la sentencia se pronuncia en contra de -- lo resuelto por el veredicto del jurado, Art. 573 No. 7, o se hubiere calificado como válido un veredicto nulo, todo en relación al Art. 590 CPP.

Estas nulidades también pueden existir en las sentencias de segunda instancia, de conformidad al Art. 547 CPP., que dice:

"Las sentencias de segunda instancia, sea en apelación o en consulta, se sujetarán a las formalidades señaladas para -- las que deben pronunciarse en primera instancia, en lo que fue re aplicable; la omisión de tales formalidades producirá los -- mismos efectos que aquélla, debiendo omitirse la relación deta llada de la prueba si se hubiere hecho correctamente en la sen tencia del tribunal inferior".

5 - Efectos de las Nulidades Relativas.

Al hablar de las nulidades de actos y diligencias judicia les, comparándolas con las nulidades del proceso, manifesté -- que aquéllas pueden ser absolutas o relativas, según puedan o no ratificarse y puse como ejemplo de nulidad no subsanable, la de un dictamen pericial efectuado sin juramento previo de los peritos.

Ahora me referiré exclusivamente a los actos que adolecen de nulidad relativa, es decir, a aquéllos que son esencialmente subsanables.

La nulidad relativa de estos actos, en el proceso penal, se diferencia de la nulidad relativa civil, en que tal nulidad debe ser declarada de oficio, Art. 553 CPP., a diferencia de lo civil en que el juez lo hace saber a la parte por auto en el proceso para ver si ésta ratifica lo actuado; es decir, que en último término la nulidad se hace depender de la parte, lo que no sucede en lo penal pues debe ser declarada de oficio. Sin embargo, también es posible la subsanación por aceptación expresa de la parte, o tácitamente, si después del acto anulable hubieren contestado una audiencia o comparecido a cualquier diligencia relacionada con el acto nulo sin haber alegado tal nulidad, Art. 554 CPP. Por ejemplo, si no se cita a una parte para recibir declaración a testigos presentados en el término de prueba por la parte contraria, habría nulidad de conformidad al Art. 303 CPP.; pero tal nulidad no se declararía si al contestar los traslados para alegar de bien probado, la parte afectada no reclamase tal nulidad, Art. 554 CPP.

La nulidad relativa de estos actos puede afectarlos únicamente a ellos o a todos los actos consecutivos que dependan o se relacionen estrechamente con ellos. Por ejemplo: Un acta de inspección a la que falte la firma del secretario sería nula, Art. 101 CPP.; si no tuviese ninguna influencia en la determinación de la prueba su nulidad no afectaría a otros actos. La declaración de un testigo en la que no se ha hecho constar que le fue leída y que fue ratificada es nula, Art. 314 Pr.; si sólo ella ha servido de base para el auto de elevación a plenario, al declararse la nulidad se anularía también dicho auto; en cambio, si tal auto se dictó con base en otras declaraciones, la nulidad de la declaración del testigo en nada lo afectaría.

Por consiguiente, un acto relativamente nulo produce originalmente sus efectos y los continúa produciendo mientras su nulidad no ha sido declarada y si es subsanado expresa o tácitamente adquiere plena validez y la nulidad ya no puede declararse. Pero si es anulado se anulan también, en consecuencia, todos los actos consecutivos que dependen o se relacionen estrechamente con el acto anulado.

V.- DE LAS SENTENCIAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1- De las sentencias en general. Concepto. Objeto. Formalidades.

Cuando hablamos de los actos procesales y los definía como aquéllos que tienen influencia en la constitución, modificación, desarrollo y terminación del proceso, realizándose esta influencia a través de la relación jurídica procesal, creando, modificando o extinguiendo dicha relación, manifesté que estos actos procesales pueden ser del Juez o del tribunal, comprendidos en éstos los actos de los órganos o funcionarios auxiliares (Secretarios, Peritos), y los de los terceros intervinientes, extraños propiamente al litigio mismo o al interés que se litiga.

Los actos procesales del Juez o tribunal pueden ser de -- distinta naturaleza y aún meramente administrativos; pero, entre los puramente procesales, se distinguen las sentencias definitivas, las sentencias interlocutorias o autos y los llamados decretos de mera sustanciación.

Es indudable que tanto las sentencias como los decretos de sustanciación y los autos constituyen actos de decisión del tribunal, pero se distinguen claramente por su fuerza y sus efectos, como a continuación veremos.

Eduardo Pallares dice que decreto es "resolución del Juez de mero trámite. También se usa en un sentido más amplio como cualquier resolución que pronuncian los Jueces y Magistrados". En cuanto a decretar, dice que es "Resolver o decidir la persona que tiene autoridad para ello. Determinar el Juez acerca de las peticiones de las partes. Anotar al margen de un escrito - el curso o respuesta que se le ha de dar". (1)

(1) Eduardo Pallares. "Diccionario de Derecho Procesal Civil, Pág. 207.

Distingue entre auto y decreto diciendo que auto es la resolución judicial "que no es de mero trámite y que tiene influencia en la prosecución del juicio y en los derechos procesales de las partes. Mediante él, el Juez ordena el proceso. En el derecho colonial se llamaban "autos acordados" las resoluciones del Tribunal Supremo con la asistencia de todas las Salas. El Código actual distingue claramente los autos de los decretos. Define a éstos últimos como "determinaciones de mero trámite", y clasifica los autos en los siguientes grupos: a) Determinaciones que se ejecutan provisionalmente y se llaman autos provisionales; b) Decisiones que tienen fuerza de definitivos y que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio y se llaman autos definitivos, tales como el que de secha una demanda o el que manda levantar un embargo en un juicio ejecutivo, el que sobresee en un juicio de lanzamiento --- cuando el demandado paga la renta; c) Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio, ordenando, admitiendo o desechando pruebas, y se llaman autos preparatorios. Como ejemplos de autos provisionales pueden ponerse: el de embargo en los juicios ejecutivos, los que admiten las providencias precautorias, el que da entrada a la demanda de lanzamiento. Tanto los decretos como los autos, deben dictarse dentro de tres días después del último trámite o de la promoción correspondiente. (Artículo 89)". (1)

Cabanelas, por su parte, distingue entre decreto y auto, afirmando que la expresión "decreto" debe reservarse para decisiones del Poder Ejecutivo, o sea, puramente administrativas" y ello a pesar de que el mismo Artículo 1289 del Código de Procedimientos Español dice que decreto judicial es "cualquier sentencia o resolución de un Juez o tribunal". Pero Pallares dice que "Decreto, por autonomasia, significa la resolución o

(1) Eduardo Pallares. Dicc. de Derecho Procesal Civil, Pág. 98

reglamentación que el Poder Ejecutivo, con la firma del Jefe - del Estado, dicta acerca de toda materia en que no sea obligatoria la forma de ley; pero siempre que, por su importancia o permanencia, rebase la esfera de las simples órdenes, circulares, etc. Constituye así la expresión de la potestad reglamentaria del gobierno. Aunque pueda aplicarse la voz decreto a -- las resoluciones judiciales y legislativas, conviene diferenciarlas técnicamente reservando decreto para la autoridad administrativa; ley, para la legislativa; y sentencia, para la judicial". (1).

Sin embargo, el mismo autor al dar la definición de auto dice que éste es el "decreto judicial dado en alguna causa civil o criminal. Expresa Escriche que el Juez dirige el orden del proceso con sus autos interlocutorios o providencias, y -- decide la cuestión principal por medio de su sentencia o auto definitivo. El Art. 369 de la Ley de Enj. Civ. de España, señala que serán las resoluciones judiciales autos cuando decidan incidentes o puntos que determinen la personalidad combatida de alguna de las partes, la competencia del juzgado o -- tribunal, la procedencia e improcedencia de la recusación, la repulsión de una demanda, la admisión o inadmisión de las excepciones, la inadmisión de la reconvencción, la denegación del recibimiento o prueba, o de cualquiera otra diligencia de e--lla que pueda producir a las partes un perjuicio irreparable, y las demás que decidan cualquier incidente, cuando no esté -- prevenido que se dicten en forma de sentencia".

En conclusión, puede decirse que como decisiones judiciales existen: el decreto, el auto y la sentencia, considerada ésta como la definitiva.

(1) G. Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual", Tomo I, Pg. 594.

En esta trilogía, serían decretos aquellas resoluciones dadas para impulsar el proceso o para la mejor realización de otros actos procesales, pero sin afectar, crear o modificar los derechos de las partes. Serían autos aquellas resoluciones que deciden un incidente dentro del proceso o que crean, modifican o extinguen derechos de las partes y serían sentencias únicamente las definitivas, es decir, las que deciden sobre el fondo del asunto.

Sentencia viene de "sintiendo", sintiendo en latín. La --sentencia expresa lo que siente u opina quien la dicta. Se entiende por ella la decisión que legítimamente dicta el Juez --competente, juzgando de acuerdo a su opinión y según la ley o norma aplicable. Podríamos entonces decir con Cabanellas que --sentencia "es el fallo en la cuestión principal de un proceso. El más solemne de los mandatos de un Juez o tribunal por oposición a auto o providencia". (1). Sin embargo, también se habla de sentencia interlocutorias y definitivas, siendo las prime--ras aquéllas dictadas en el curso del proceso a consecuencia --de un incidente y las segundas aquéllas con las cuales un tribu--nal pone término a su conocimiento del asunto decidiendo sobre el fondo del mismo.

Es decir, únicamente podría establecerse una distinción --terminológica estricta entre el decreto y los autos o senten--cias, ya que los autos son también sentencias, al contrario de los decretos o decretos de sustanciación, que son simples deci--siones del Juez para la continuación del proceso por los proce--dimientos establecidos. En último término, resulta que la sen--tencia definitiva es también un auto que se distingue de los --llamados autos o sentencias interlocutorias únicamente por su jerarquía ya que las definitivas resuelven el fondo del liti--

(1) G.Cabanellas. "Dicc.de Derecho Usual", 4o. Tomo, Pág. 44.

gio y las interlocutorias sólo algunos incidentes dentro del mismo.

Es importante dejar bien establecido ésto, puesto que, al tratar sobre los recursos que dan lugar a la segunda instancia, veíamos que éstos eran los de revisión, apelación y queja por atentado, siendo el más amplio de todos ellos el de apelación, y, al respecto, el artículo 520 del CPP., dice que "se otorgará de las sentencias definitivas y de las demás resoluciones apelables conforme a lo establecido en este Código". Se aplica un principio de taxatividad estricto a diferencia del Código de Procedimientos Civiles en que se establecen reglas de carácter general y más amplias; pero siendo estos procedimientos aplicables al proceso penal "en lo que no estuviere expresamente regulado por este Código y no se oponga a la doctrina que lo informa". (1), es necesario tener bien claros los conceptos antes mencionados.

Por ello, conocido el aspecto doctrinario de la cuestión debemos concentrarnos en las disposiciones legales que declaran definitivamente lo que debe entenderse por cada cosa.

El Código de Procedimientos Civiles, en el Art. 417, dice: "Sentencia es la decisión del Juez sobre la causa que ante él se controvierte. Es interlocutoria o definitiva".

El Art. 418 Pr., dice: "Sentencia interlocutoria es la -- que se da sobre algún artículo o incidente. Definitiva es aquella en que el juez, concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado. Las sentencias interlocutorias se llaman también autos".

El Art. 419 Pr., dice: "Las otras providencias que expide el juez en el curso de la causa se llaman decretos de sustan--

(1) Artículo 711 CPP.

ciación". Son resoluciones de mero trámite o rutina, resoluciones comunes llamadas también "decretos de cajón".

El Art. 984 Pr., dice: "La Ley concede apelación en ambos efectos, salvas las excepciones que adelante se expresan, de toda sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva pronunciada en juicio ordinario en que se ventile una cantidad que exceda de quinientos colones o alguna acción de valor indeterminado.

Se llaman interlocutorias con fuerza de definitivas las sentencias que producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva.

También se concede apelación en ambos efectos, salvo los casos expresamente exceptuados, de las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios sumarios o en las solicitudes que se tramitan sumariamente; de las resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicios, haciendo imposible su continuación y de los decretos de sustanciación que en seguida se expresan:

- 1o.- Del que ordenaría una acción ejecutiva;
- 2o.- Del que ordenaría una acción sumaria;
- 3o.- Del que ordena que se legitime la persona en el caso del Artículo 1273".

De todo ésto podemos concluir que nuestra ley distingue:

- a) Decretos de sustanciación; (de mero trámite).
- b) Sentencias interlocutorias o autos; (deciden incidentes)
- c) Sentencias definitivas; (deciden lo principal, la causa).

En las sentencias interlocutorias o autos se distinguen:

- 1) Interlocutorias simples; Art. 418 Pr.
- 2) Interlocutorias con fuerza de definitivas; Art. 984 Pr. Son aquéllas que producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva;
- 3) Interlocutorias que ponen término al juicio haciendo imposible su continuación; Art. 984 Pr., inciso tercero.

Nótese que estas sentencias, a pesar de que ponen término al juicio e imposibilitan su continuación, no son definitivas, porque no resuelven el fondo del litigio.

Conocidas así las diferentes resoluciones judiciales, por su uso y sus efectos, trataremos de comprender mejor la naturaleza de la sentencia.

Para el mencionado objetivo es conveniente reunir varias definiciones o conceptos de lo que es la sentencia para apprehender el fondo común que encontremos en ella.

Tomaremos el resumen hecho por Eduardo Pallares (1) quien dice que sentencia es la "decisión legítima del Juez sobre la causa controvertida en su tribunal (Ley 1a., Tit. 22, parte -- Art. 3o.)" y luego agrega otras de diferentes autores que a -- continuación transcribo":

"Sentencia, dice Manreza y Navarro, es el acto solemne -- que pone fin a la contienda judicial, decidiendo sobre las pre -- tensiones que han sido objeto del pleito". (Tomo II, Pág.124).

"Sentencia es el acto, por el cual el Estado, a través -- del órgano jurisdiccional destinado a tal fin (a cuál fin), al

(1) Eduardo Pallares. "Diccionario de Derecho Procesal Civil" Pág. 685.

aplicar la norma al caso concreto, declara qué tutela jurídica concede el Derecho Objetivo a un interés determinado". (Ugo -- Rocco, Derecho Civil, Pág. 279).

Chiovenda la define como "la resolución del Juez que acogiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien, lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien al demandado". (Inst. I, Pág. 174).

"La sentencia definitiva es, para Carnelutti, la que encierra el proceso en una de sus fases", y se distingue de las interlocutorias en que éstas se pronuncian durante el curso -- del proceso sin terminarlo (Didt. III, Pág. 354).

"Sentencia es el acto del Juez encaminado a eliminar la - incertidumbre sobre la norma aplicable al caso concreto, acertando una relación jurídica incierta y concreta" (Alfredo Rocco. La Sentencia Civil, Pág. 105).

"Sentencia es el acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su opinión sobre la conformidad o disconformidad de - la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión". (Guasp. op cit I, Pág. 350).

Por mi parte, formulo la siguiente definición: Sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual el Juez resuelve las cuestiones principales que son materia del proceso o las - incidentales que hayan surgido durante el desarrollo del mismo.

De aquellas definiciones, es de notar que únicamente la - de Carnelutti y la del mismo Pallares se refieren tanto a las sentencias definitivas como a las interlocutorias y las demás se refieren exclusivamente a las definitivas.

También es necesario distinguir la sentencia como acto -- procesal y la sentencia como documento. Como acto procesal la sentencia es un acto de decisión del Juez en que se adhiere a determinadas pretensiones o las desestima o lo hace sólo parcialmente, u otorga otras no pedidas pero consecuencia de las anteriores, en virtud de que tales pretensiones y sus consecuencias son conformes con los hechos que fundamentan la demanda, con los hechos o actos cuya realización se pide y con las reglas del derecho o de la ley. Se realiza lo que se conoce como el silogismo jurídico, es decir, una deducción basada en que existen ciertos hechos y derechos protegidos y garantizados por la ley, que los hechos o derechos cuya protección o tutela pide la parte son de aquéllos que efectivamente están así garantizados y que, en consecuencia, el Tribunal debe garantizarlos o velar por su cumplimiento mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, que se plasma en la sentencia en la que se ordena el cumplimiento de tal tutela. Cabe agregar que la labor del Juez no es la del simple análisis lógico-técnico-jurídico, sino que va incluida su labor de interpretación en la que, en lo civil, puede llegar inclusive a la elaboración de la norma aplicable al caso concreto deduciéndola de los principios generales del derecho y, en último término, de razones de justicia y de equidad. En efecto, el Art. 421 Pr., dice: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural".

Es indudable que, en último término, para la valoración que hará el Juez o tribunal de los criterios y de los medios de prueba, tiene una gran incidencia e importancia su propio orden de valores y su apreciación de los hechos, de manera que

un mismo proceso podría ser sentenciado, en algún caso, de manera diferente por diferentes Jueces, siempre que no contradigan el texto de la ley y los principios fundamentales de la legislación de que se trate.

Modernamente, en especial para el derecho anglosajón del Common Law, la libertad del Juez para resolver es más amplia, aunque el parlamento trata de reinvidicar su derecho a legislar y restringir el poder de decisión del Juez. Se ha llegado a decir que no debe existir la jurisprudencia en el Derecho para que la ley pueda siempre adaptarse a las situaciones particulares y concretas.

Sin embargo, como no es posible discutir el orden de valores y criterio de apreciación que ha tenido el Juez y, como, en último término, su decisión se plasma en el documento de la --sentencia, es sólo en el contenido de ésta que podemos considerar si el proceso de apreciación y valorización de los hechos y aplicación del derecho, es aceptable a los criterios de legalidad y justicia contenidos en la legislación. La discusión de la sentencia se realiza por medio de los diferentes recursos, pero especialmente el de apelación. Aquí resalta la enorme importancia de la sentencia en su sentido instrumental, que es --el único que tiene repercusiones procesales.

Si las formas del proceso han sido establecidas para garantizar los derechos de las partes y el cumplimiento de la finalidad propia de la función jurisdiccional, cualquier contenido de la sentencia que vaya en contra de estos principios, en la forma y en el sentido en que han sido plasmados en el derecho procesal, tendrá que ser una irregularidad que, de acuerdo a su importancia, haga necesaria una modificación de la sentencia, ya sea que se intente por vía de explicación, reforma, revocación, apelación o por casación.

RESUMIENDO: la sentencia definitiva es el acto de decisión del Juez o Tribunal que, asentado en el proceso en la forma y con los requisitos legales, decide la controversia que originó el litigio pronunciándose sobre los derechos de las partes y poniendo punto final al proceso. Su objeto, como claramente aparece, es resolver el litigio. Su naturaleza, es la de un acto jurisdiccional, un acto de decisión del Juez, que concreta en sí mismo el ejercicio de la jurisdicción porque manifiesta la tutela que el Derecho y el Estado concede o niega a las pretensiones de las partes.

En lo penal, la sentencia es un acto de decisión del juez sobre la existencia de la infracción penal investigada, los responsables de la misma y las condenaciones penales, civiles y accesorias consecuentes, Arts. I CPP., 2 Pn., 507 y 508 CPP.- No puede elaborarse la norma aplicable al caso concreto porque está excluída la analogía por disposición constitucional y secundaria, Arts. 164 C.Política y 4 Pn. Para la valoración de las pruebas se da aplicación al sistema de sana crítica en el que se contrastan las reglas de la lógica con las máximas de experiencia que el juez tiene por su conocimiento del mundo y de las cosas, Arts. 193, 488, 491 No. 2, CPP.

Las formalidades están señaladas por los Arts. 421, 427, 428 y 429 Pr. y Arts. 507 y 508 CPP., que veremos adelante exclusivamente en lo referente al proceso penal, donde se dan los mismos tipos de resolución que en el proceso civil.

2 - Resoluciones en el Proceso Penal.

En el proceso penal se dan los mismos tipos de resolución que en el proceso civil. Por ello, a continuación trataré por separado cada una de estas resoluciones, señalando por lo menos un caso en que se vean y distingan prácticamente.

a) Decretos de sustanciación.

Son aquéllos que sirven para impulsar el proceso; no deciden ningún incidente. Ej.: el auto que ordena realizar la inspección o el reconocimiento, el que ordena cita de testigos, el auto que señala día y hora para la insaculación y sorteo de la lista de jurados, etc.

Al igual que en los procedimientos civiles "los decretos de sustanciación se proveerán dentro de veinticuatro horas desde que los escritos se presenten" (Art. 424 Pr.). En la misma forma, se puede hacer en ellos "las mutaciones o revocaciones que sean justas o legales si las partes lo piden, o de oficio en cualquier estado de la causa antes de la sentencia definitiva" (Art. 425 Pr.).

Nótese que el Art. 424 Pr., hace referencia a decretos de sustanciación dictados a consecuencia de una solicitud; pero, en realidad, hay decretos de sustanciación que son dictados de oficio por el Juez, algunas veces en forma obligatoria, como sería el caso de reconocimiento del ofendido; otras veces se dictan en forma voluntaria, como el caso de una inspección que no fuera necesaria sino sólo conveniente, o las resoluciones dictadas "para mejor proveer". Art. 364 Pr. y 368 Pr.

Los decretos de sustanciación admiten únicamente el recurso de mutación o revocación señalado en el Art. 425 Pr. El CPP. no contiene este recurso en forma expresa, así que se aplica como regla general de procedimiento de conformidad al Art. 711 CPP.

El inciso segundo del Art. 416 del CPP. dice: "También podrán los jueces revocar de oficio los decretos o providencias de mero trámite o sustanciación en cualquier estado de la causa antes de la sentencia definitiva". Como se ve, esta disposición no autoriza a la parte para solicitar la revocatoria de un decreto de sustanciación. Sin embargo, está contenida en el

Título I del Libro Tercero, dedicado a los recursos ordinarios que comienza con el de Explicación y Aclaración (Art. 509 CPP.) de auto interlocutorio; y el recurso de Revocación lo refiere también exclusivamente a "todo auto interlocutorio" y no a decretos de sustanciación. Respecto de éstos, como ya lo señalé, se autoriza al Juez para revocarlos de oficio: pero el recurso de la parte no está reglamentado especialmente, por lo que se aplica la disposición general del Art. 425 del Código de Procedimientos Civiles.

b) Sentencias Interlocutorias Simples.

Las sentencias interlocutorias son las que se dan "sobre algún artículo o incidente" y son llamadas también autos (Art. 423 Pr.). Deben pronunciarse "dentro de tres días de hallarse el artículo o incidente en estado de resolver" (Art. 423 Pr.). Ejemplos: la que resuelve sobre la excepción de incompetencia, la que decide sobre la excarcelación del reo, etc.

Admiten el recurso de Explicación y Aclaración, de Mutación o Revocación y, en algunos casos, de apelación. Ej.: La resolución que admite o desestima una excepción en juicio ordinario o sumario, Arts. 275 y 395 CPP.

El Art. 509 del CPP., dice: "Las partes, dentro de veinticuatro horas después de haber sido notificadas de alguna resolución, pueden solicitar al Juez la aclaración de algún punto dudoso u oscuro que pueda contener el auto interlocutorio que decida algún incidente o la sentencia que termine definitivamente la causa". Esta aclaración también puede hacerla el Juez de oficio dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, Art. 512 CPP. No dice el artículo desde qué momento se cuenta este plazo. ¿Podrá hacerse tal aclaración ya habiendo sido notificada la sentencia? Contesto afirmativamente. En efecto, el Art. 426 Pr., dice que "en las sentencias interlocutorias, podrán los Jueces hacer de oficio las mutaciones o revocaciones que sean

justas y legales dentro de tres días desde la fecha en que se notifiquen. Por consiguiente, el plazo se cuenta a partir de la notificación. Por supuesto que también puede revocarse o enmendarse antes de haber sido notificada, porque no existe prohibición al respecto como en el caso de las definitivas, Art. 436 Pr. Pero tal modificación no tiene trascendencia para las partes que no conocen oficialmente la resolución porque no les ha sido notificada. En cambio sí es de importancia la modificación hecha cuando ya han sido notificados de una resolución. Esta nueva resolución, por tal motivo, se notifica a su vez a -- las partes (Art. 1248 Pr.), lo que también se sobre-entiende -- por el mismo Art. 426 Pr., que dice: "quedando a las partes en uno u otro caso expeditos sus recursos, en los mismos términos que indica el Art. 436". No podría haber recurso sin notificar a las partes la resolución, ni correr término alguno por no haber un momento en que empezar a contar dicho término.

También "procede el recurso de revocación o mutación contra todo auto interlocutorio para el efecto de que el mismo -- Juez lo revoque por contrario imperio", Art. 513 CPP. Esta expresión, "por contrario imperio", debe de entenderse en el sentido de que la resolución es contraria a la ley y, por consiguiente, debe ser modificada para que la ley impere. Esta revocación o mutación también puede hacerse de oficio dentro de -- tres días desde la fecha de la notificación respectiva, Art. -- 516 CPP., a diferencia de los decretos de sustanciación que -- pueden revocarse en cualquier estado de la causa antes de la -- sentencia definitiva, Art. 516 CPP., inciso segundo.

De la negativa de la mutación o revocación solicitada no hay recurso, pero sí pueden intentarse los recursos que sean -- procedentes contra la resolución cuya modificación se pidió, -- Art. 515 CPP.

Lo manifestado hasta este punto es aplicable a todas las

sentencias interlocutorias, pero hay disposiciones especiales que son aplicables únicamente a las sentencias interlocutorias que tiene fuerza de definitivas, como a continuación expongo:

c) Sentencias Interlocutorias con Fuerza de Definitivas.

Son aquéllas que producen daño irreparable o de difícil - reparación por la definitiva. (Art. 984 Pr., inciso segundo). Se distinguen de las que pone fin al juicio haciendo imposible su continuación, por la circunstancia de que aquéllas permiten la continuación del juicio pero, como claramente se dice, puede llegarse a una resolución favorable pero inócua como consecuencia o efecto de aquella resolución interlocutoria que produjo el daño difícilmente reparable o irreparable.

Ejemplos: la sentencia que deniegue recepción de pruebas; la que deniegue el embargo de bienes del encausado en un caso - de estafa; la que deniegue la petición de tomar declaración a testigos cuya deposición no pueda recibirse después por fallecimiento o ausencia prolongada o desconocimiento de su domicilio en el exterior. (Art. 162 Pr.)

Se aplican a estas sentencias todas las disposiciones ya comentadas en el caso de las interlocutorias simples. Pero además, tienen tal importancia que, inclusive, se autoriza la ca-sación para algunas de ellas, tal como expresamente lo dice el Art. 569 del CPP.:

"Son autos interlocutorios definitivos, objeto de casa---ción:

- 1o.)- El auto de sobreseimiento definitivo pronunciado en segunda instancia;
- 2o.)- Los que declaren que el hecho investigado constituye falta, si el posible delito imputado fuere sancionado con pena privativa de libertad cuyo mínimo sea o exceda de tres años de prisión;

- 3o.)- Los que declaren inadmisibles o desiertas una acusación en causas por delitos perseguibles a instancia de parte;
- 4o.)- Los autos que deniegan la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional; y
- 5o.)- Los autos que hagan imposible la continuación del proceso.

Como es lógico, las sentencias que hacen imposible la continuación del proceso han sido consideradas en el numeral 5o. porque es notorio que tienen fuerza de definitivas. Por consiguiente, ellas producen daño irreparable y no de difícil reparación por la definitiva.

En cuanto a la resolución que deniega la libertad condicional, mencionado en el número cuarto, si bien produce daño irreparable en el caso de que estando apto el reo para gozar de esa libertad le sea denegada, no lo produciría si el caso fuese de que el reo no tuviese aún el tiempo necesario para gozar de dicha libertad, siendo entonces posible que cumplido el tiempo de prisión necesario se solicite nuevamente dicha libertad y le sea concedida. Además, la resolución que deniega la libertad condicional no es apelable, lo que contradice el No. 4o.

No puede casarse la sentencia definitiva por la misma razón o motivo por la que se casó al auto interlocutorio definitivo, Art. 597 CPP.: "El punto resuelto por el tribunal de casación en virtud del recurso interpuesto contra un auto interlocutorio definitivo, no podrá servir posteriormente de motivo para un nuevo recurso contra la sentencia definitiva que se fundamente en el punto resuelto".

d) Sentencias Definitivas.

Por su primordial importancia las sentencias definitivas están rodeadas de las máximas garantías, requisitos y formali-

dades para quedar asentadas en el proceso. Con el estudio de ellas tendremos el panorama más amplio posible para ser aplicado a los otros tipos de resoluciones.

El Código de Procedimientos Civiles regula las formalidades de estas sentencias y el Código Procesal Penal también da normas para las sentencias definitivas penales. Por consiguiente, haremos el estudio de ambas para ver qué requisitos se repiten, cuáles se eliminan y cuáles son los requisitos especiales de las sentencias en el Derecho Procesal Penal.

El Art. 421 Pr., dice: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural".

Aquí encontramos ya una diferencia, puesto que las sentencias en lo penal se relacionan fundamentalmente con el delito investigado y sus autores. No hay, propiamente, litigio sobre cosas sino investigación sobre la verdad histórica de un hecho, del delito. Incidentalmente puede ser que ordene la entrega, - devolución o pago de una cosa. Tampoco puede recurrirse a las consideraciones de buen sentido y razón natural o a la analogía para la configuración de los delitos, pues estaría en contradicción con el principio de legalidad establecido por los Arts. 1 Pn. y 2 CPP. La analogía está expresamente excluida por el Art. 4 Pn., que dice: "No podrá configurarse hechos punibles o imponerse sanción alguna por aplicación analógica de la ley penal".

El Art. 422 Pr., dice: "Es necesario la prueba plena y perfecta en todo género de causas para resolver por ella la cuestión". El Art. 415 Pr. hace la graduación del valor proba-

torio de los diferentes medios de pruebas, el cual no puede -- ser desechado por el juez, y el Art. 412 Pr. establece expresa^umente las pruebas que tienen el carácter de semiplenas, es decir, las que singularmente, por sí sólas, no dan el carácter - suficiente de certeza para resolver.

En cambio, el Art. 488 CPP., dice: "Las pruebas sobre delincuencia serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, utilizando un sistema racional de deducciones que guarde - concordancia con las demás pruebas del proceso, con facultad - de fijar, en cada caso, los hechos que deben tenerse por establecidos mediante el examen y valoración de las mismas, cual-- quiera que sea su número y entidad". Y específicamente respecto de la prueba testimonial, el Art. 498 CPP., dice: "Corres-- ponde al juez apreciar de acuerdo con las normas de la sana -- crítica, el valor de la prueba testimonial sin hacer depender tal apreciación del número de testigos, sino que utilizando un sistema racional de deducciones teniendo en cuenta además de - las condiciones consignadas en el artículo anterior, las si--- guientes: 1a.)- Las condiciones personales y sociales del testigo; 2a.)- La naturaleza del hecho, el lugar y hora de ejecución; y 3a.)- Las circunstancias en que haya sido percibido. La sólo declaración de un testigo presencial del hecho investigado, podrá ser apreciada por el juez como prueba suficiente de la delincuencia". Es decir, que son diferentes sistemas de a-- apreciación de la prueba. La declaración de un testigo en lo ci vil es sólo semiplena prueba, insuficiente para resolver, a di ferencia de lo penal en donde puede ser prueba suficiente de - la delincuencia. El sistema de lo civil es conocido como siste ma de la prueba tasada o legal y el de lo penal como sistema - de la sana crítica.

Las sentencias definitivas penales pueden ser de derecho o basadas en el veredicto del jurado. Las primeras se resuel-- ven con base en la prueba que consta en los autos y son las --

que más se asemejan a las sentencias civiles porque el juez debe hacer la valoración de la prueba y no sentencia en base a la decisión o veredicto del tribunal del jurado. En este último caso, el juez debe también hacer valoración de la prueba en cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Sin embargo, como ya lo dije, el sistema de apreciación de las pruebas es diferente: se utiliza la sana crítica y no la prueba tasada.

El Art. 506 CPP., dice: "En los juicios de que no conozca el jurado, se pronunciará sentencia condenatoria cuando en el proceso exista prueba suficiente que demuestre sin dejar duda, la existencia del hecho punible y lleve al espíritu del juez la certeza de la verdad sobre la participación y la culpabilidad del imputado en la infracción penal.

En estos casos, así como cuando procediere sentencia definitiva absolutoria, el juez pronunciará la que corresponde dentro de los términos señalados en este Código".

Y el Art. 489 CPP., dice: "En toda resolución en que se deba hacer valoración de la prueba el tribunal está obligado a exponer con toda precisión los fundamentos que se tenga para concederle o negarle valor".

La valoración de la prueba para considerarla "suficiente" se hace de acuerdo a la sana crítica, aún en las sentencias de derecho. Pero la sana crítica no es un sistema de libre valoración de las pruebas sino que está sometida a ciertas reglas. Por eso en los artículos del 490 al 504 se dan una serie de "Normas para la valoración de la prueba", que se refieren a la prueba documental en general, instrumental en especial, la pericial, la de confesión judicial y extrajudicial, la testimonial y la prueba por presunciones. Algunas de ellas habilitan al juez para resolver conforme a su criterio en la aplicación de la sana crítica, por ejemplo el Art. 491, inciso segundo, -

pero otras son normas terminantes y concretas que no pueden -- ser desestimadas por el juzgador; por ejemplo, el Art. 496 dice: "En los delitos políticos a que se refiere el Art. 650 de este Código, la confesión extrajudicial no tendrá valor legal alguno y no podrá apreciarse como prueba o principio de prueba".

En los delitos comunes, la confesión extrajudicial podrá ser apreciada conforme las reglas de la sana crítica, únicamente con los requisitos siguientes.....". Claramente aparece -- que en ningún caso podría el juez apreciarla como prueba acerca de un delito político y que tampoco podría apreciarse en caso de delito común si no llena todos los requisitos que allí se -- determinan. Cosa semejante sucede con la incapacidad de los -- testigos que no queda a criterio del juez, Art. 499.CPP.

En conclusión, estas sentencias de derecho son las que -- más requisitos exigen para que el juez pueda resolver, según lo expuesto. Son semejantes a las sentencias dictadas con base en el veredicto del jurado, con la diferencia de que, en las sentencias de derecho, el juez debe apreciar la prueba con la debida motivación para resolver de acuerdo a la sana crítica y a las normas dadas para la valoración de la prueba.

Antes de llegar al estado del juicio en que se puede pronunciar sentencia, deberá haber recorrido sus fases principales, especialmente el término de prueba que en el juicio ordinario es de quince días, Art. 300 CPP., y los traslados para a llegar de bien probado que se dan cuando se ha cumplido el término probatorio o renunciado en su caso, Art. 310 CPP.

Cumplidas estas fases del juicio, en los casos en que se resuelve de derecho, el Juez está apto para pronunciar sentencia "dentro de los términos señalados en este Código" como lo dice el Art. 506 ya citado.

Sin embargo, encontramos que únicamente en el caso de los juicios que se someten al conocimiento del jurado ordena la -- ley que las sentencias se pronuncien "dentro del término de - treinta días contado a partir de la vista pública de la causa", pero no señala término alguno para sentenciar en el caso que - se resuelve de derecho, por lo que de conformidad al Art. 711 CPP., debemos remitirnos a la disposición general del Art. 434 del Pr. que ordena que "lcs jueces y tribunales en los juicios ordinarios, resolverán definitivamente dentro de doce días con tados desde la última diligencia del proceso", sin perjuicio - de que antes de sentenciar puede ordenar otras diligencias pa- ra mejor proveer.

En el Art. 303 CPP. ordena que "toda diligencia de prueba deberá verificarse dentro del término respectivo", pero no es- tablece nulidad para el caso de contravención. Por consiguien- te podría darse el caso de que pasado el término de prueba y - antes de sentenciar ordene el juez alguna diligencia, como el valúo de un brillante que había sido hurtado y cuyo valor es - necesario conocer para la determinación de la pena. Art. 364 y 368 Pr. Por supuesto, habría que notificar a las partes, por-- que "desde el auto de recepción a prueba en adelante las par-- tes intervendrán necesariamente en el juicio, debiendo practi- carse todas las diligencias en audiencia pública", de conformi- dad al Art. 302 CPP.

En el caso de los juicios sumarios, el Art. 407 CPP. indi- ca que la sentencia debe pronunciarse "dentro de los ocho ---- días siguientes al de la vista de la causa".

En el caso de las faltas, la sentencia debe pronunciarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la audiencia de prueba, Art. 413 CPP.

Las sentencias de segunda instancia tienen plazo especial como en su oportunidad veremos.

Los requisitos propiamente tales de la Sentencia Penal están contenidos principalmente en el Art. 507 del CPP., de conformidad al cual, la sentencia consta de cuatro partes:

- 1a.) Preámbulo o introducción;
- 2a.) Considerandos o análisis de los hechos y de las pruebas;
- 3a.) Fallo a parte resolutive de la sentencia;
- 4a.) Autorización de la sentencia.

En la práctica, aunque se da cumplimiento a todos estos requisitos, no se observa el orden estricto en que están mencionados en este artículo.

Los requisitos de la PARTE INTRODUCTIVA SON:

- 1o.) Nombre del Juzgado, lugar, hora y fecha en que se pronuncia la sentencia.
- 2o.) Forma de iniciación del proceso. Es decir, si ha sido de oficio, por denuncia o por acusación.
- 3o.) Nominación del delito investigado. Debe designarse con toda propiedad para el análisis posterior de sus elementos y de la pena o absolución correspondiente.
- 4o.) Fecha, hora y lugar de comisión del delito, si se supiere.

Si en el mismo juicio se está conociendo también de faltas, es en esta parte y en la anterior donde deben consignarse cuáles sean y dónde fueron cometidas, Art. 30 CPP.

- 5o.) Individualización de los imputados de delitos y faltas, por su nombre y apellido, su edad, estado, oficio o profesión y domicilio, si se supiere. Lo importante es la identificación del reo, es decir, la seguridad de que es la persona que cometió el delito y si no se logra establecer su identidad, es decir, su nombre, apellido y demás generales, con los procedi-

mientos de identificación señalados en el Art. 727, no por ello ha de suspenderse la condena y la ejecución de la pena, si consta que es él quien cometió el delito.

6o.) Individualización de los ofendidos.

7o.) Individualización de las partes que han intervenido en el juicio y el carácter en que han actuado; aquí debe señalarse a aquéllos que hubieren sido parte en el juicio aunque hubiesen dejado de serlo.

Los requisitos de la parte de la sentencia relativa al ANÁLISIS DE LOS HECHOS Y DE LAS PRUEBAS, deben llenarse por medio de "considerandos"; de conformidad al Art. 427 Pr., que dice: "a continuación hará mérito, en párrafos separados que --- principiarán con la palabra "considerando", de los hechos y -- cuestiones jurídicas que se controvierten, de las pruebas conducentes y de los argumentos principales de una y otra parte, dando las razones y fundamentos legales que estime procedente y citando las leyes y doctrinas que considere aplicables". Por consiguiente, cuando el Art. 507, en su regla segunda, dice -- que "a continuación consignarán en párrafos separados.....", debe entenderse que cada uno de estos párrafos da lugar a un "considerando".

En consecuencia, los requisitos que deben cumplirse en es ta parte son:

8o.) Consignación de los hechos que se consideren probados en cuanto a:

a) La existencia del delito;

b) Delincuencia o participación en el delito de cada uno de los imputados.

9o.) Calificación del grado de esa participación que se hubiere probado.

- 10o.) Consignación de las causas que excluyen o circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal, que se hubieren probado suficientemente.
- 11o.) Consideración de los aspectos relativos a la acción civil para la posterior absolución o condena a la restitución al pago o indemnización.
- 12o.) Hecha esta relación, el juez apreciará la prueba -- con la debida motivación, sin repetirla, de acuerdo con las reglas pertinentes establecidas, y concluirá con la declaración de que las pruebas han demostrado la culpabilidad o inocencia de los imputados o que no son suficientes para probar la imputación.

Nótese que hasta este momento el Juez ha hecho un examen de los hechos constitutivos del delito y de la autoría, imputabilidad y responsabilidad de las personas a quienes se juzga; constituye ésto un primer juzgamiento, puesto que, si se ha -- llegado a la convicción de la culpabilidad del acusado, la imposición de las penas es una consecuencia necesaria e ineludible para el Juez. Sin embargo, se hace necesario para la imposición de la pena un segundo juzgamiento, ya no relativo a la comisión del delito y a la responsabilidad del imputado, sino a la calificación, adecuación o individualización de la pena -- que debe imponer, porque nuestro nuevo Código Penal contiene -- los límites mínimos y máximos de pena para cada delito, dentro de los cuales deberá el Juez decidir la pena que corresponda, tomando en cuenta los criterios de individualización mencionados en el Art. 67 del Código Penal, relativos a la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del actor, en lo que se incluye la apreciación de las circunstancias atenuantes y a gravantes.

- 13o.) FALLO. Siendo consecuencia de lo anterior comienza con la expresión "POR TANTO" y se hace constar que se falla en nombre de la República de El Salvador". Art. 507 CPP., regla 3a.

14o.) La resolución propiamente tal con la que concluye - la sentencia, que se comienza con la expresión "FALLO" y en la que se condena o absuelve a los imputados, según el caso, ordenándose su libertad o la cesación de las restricciones impuestas. También se resuelve sobre la responsabilidad civil, Art. 508 - CPP.

En esta parte debe imponerse la pena principal y las accesorias que corresponda, de conformidad a lo dispuesto en el Título IV del Libro Primero del Código Penal, Art. 58 al 65.

El Art. 58 dice: "Por los hechos punibles únicamente podrá imponerse las siguientes penas:

Principales: muerte, prisión y multa.

Accesorias : inhabilitación absoluta e inhabilitación especial."

Anteriormente las penas de inhabilitación podían ser impuestas como principales y aunque se derogó el inciso tercero del artículo, la verdad es que subsisten disposiciones que extienden estas penas más allá de la prisión. Ej.: Arts. 65 y 274.

El Art. 507 del CPP., por su parte, ordena que en el fallo "se condenará a los imputados por el delito que haya sido materia del proceso, imponiéndoles la pena principal y las accesorias que corresponda".

Por consiguiente, el Juez debe imponer las penas accesorias necesarias. Al respecto, el Art. 64 del C.Pn. dice: "La pena de prisión lleva como inherente la inhabilitación absoluta, la cual se extenderá durante el tiempo de la condena, salvo la pérdida de los derechos de ciudadano que requiere reabilitación.

Cuando un salvadoreño naturalizado cometiere un delito -- contra los bienes jurídicos del Estado o delitos de trascenden

cia internacional, se le impondrá la pena accesoria de pérdida definitiva de la calidad de Salvadoreño".

La inhabilitación absoluta, de conformidad al Art. 62 comprende:

- 1o.) La pérdida de los derechos de ciudadano;
- 2o.) La pérdida del cargo, comisión, contrato o empleo público que ejerciere el reo, aunque el cargo fuere de elección popular;
- 3o.) La incapacidad para obtener toda clase de cargos o empleos públicos;
- 4o.) La incapacidad de ejercer la patria potestad, tutela, curaduría o de tomar parte en el Consejo de Familia;
- 5o.) La pérdida de la calidad de Salvadoreño naturalizado;

La inhabilitación especial, en cambio, se refiere sólo a algunos de esos derechos, según el Art. 63 que dice: "La inhabilitación especial consiste en la privación o restricción de uno o más de los derechos o funciones a que se refiere el artículo anterior, o la privación o suspensión del ejercicio de una profesión, arte, oficio o actividad, estén o no reglamentados".

Esta inhabilitación especial, por otra parte, acompaña necesariamente a ciertos delitos, según el Art. 65 que dice:

"La inhabilitación para el ejercicio de una profesión, arte o industria, es inherente a las penas principales que se impongan por un delito cometido con abuso de la industria, profesión o arte del reo o con violación de los deberes que a la misma corresponden.

En los delitos contra el pudor y la libertad sexual o contra los bienes jurídicos de la familia, cometidos por ascendientes contra descendientes, o guardadores contra sus pupilos,

la incapacidad de ejercicio de los derechos civiles a que se refiere el ordinal cuarto del artículo 62, se extenderá por un lapso de cinco a diez años después del tiempo de la pena principal". La incapacidad se convierte de inherente en principal.

En otro sentido, puede hablarse de otras condenaciones accesorias, tales como:

- Art. 630: La restitución de la cosa o su valor;
- Art. 633: Comiso de los objetos secuestrados.
- Art. 729: Reposición de papel sellado del condenado por acusación, que se incluirá en las costas.
- Art. 59: Condenación en costas para el acusador que desista de una acusación o la abandone. Art. 60 inciso 4o.
- Art. 76: Condenación en las costas causadas al imputado y al civilmente responsable cuando se desista de la demanda civil.
- Art. 314: Condenación en multa a las partes que no cumplan con los requisitos en los alegatos de bien probado o por cualquiera otra razón de multa.
- Art. 248: Se ordena que los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo y los individuos de tropa pasen a cumplir su pena al correspondiente centro penal por haber causado baja.

En cuanto a las costas procesales, se aplica el Art. 141 Pn., 59 inciso 5o., 60 inciso 4o., 76 inciso 3o. y 393 del CPP.

15) LA AUTORIZACION DE LA SENTENCIA se hace mediante firma del Juez y Secretario, bajo pena de nulidad si falta cualquiera de ellas.

Debe entenderse que es firma entera y no media firma, en relación con lo dispuesto por el Art. 429 Pr., que dice: "To--

dos los Jueces firmarán con media firma las sentencias interlocutorias, decretos de sustanciación y demás diligencias de los juicios, y con firma entera las sentencias definitivas. Los magistrados o individuos de los tribunales superiores sólo rubricarán los decretos de sustanciación".

La nulidad mencionada es insubsanable, al contrario de la de los decretos de sustanciación o autos interlocutorios, en -- que la nulidad no es declarada si las partes hubieren intervenido con posterioridad a la notificación de la providencia nula sin haber alegado tal nulidad, Art. 555 CPP. Esta nulidad -- da lugar, inclusive, a recurso de casación por motivo de forma de conformidad al número nueve del Art. 573 CPP.

En general y de conformidad al número ocho del mismo Art. 573, hay lugar a casación "Cuando en la sentencia no se hubiere resuelto todas las cuestiones que hayan sido objeto de la acusación o de la defensa o se hubiere resuelto sobre delitos no investigados".

Cabe agregar que en la sentencia, como ya se mencionó, se resuelve igualmente sobre el monto de la responsabilidad civil la persona que deba percibirlo y los obligados a satisfacerlo y que puede hacerse esta condenación aunque el veredicto haya sido absolutorio, Art. 508 CPP.

La obligación civil impuesta en cuanto a restitución, pago de reparación de daños, indemnización de perjuicios y satisfacción de costas, se hacen efectivas por el mismo Juez que -- pronunció la sentencia de Primera Instancia, Art. 629 CPP., a diferencia de la responsabilidad civil subsidiaria que puede -- deducirse ante el Juez de lo Civil, Art. 93 CPP., y, por su -- puesto, hacerse efectiva en ese mismo tribunal. Me refiero específicamente a esto en el punto relativo a la "Devolución del -- Proceso" del Tribunal de Segunda al de Primera Instancia.

Hasta aquí nos hemos referido a la sentencia cuando es -- dictada de derecho por el Juez. Para el caso en que la causa se somete a conocimiento del jurado no es necesario valoración de la prueba, porque "el veredicto de culpabilidad o inculpabilidad del procesado es la base para la sentencia definitiva -- condenatoria o absolutoria", Art. 505 CPP. Por eso el Art. 507 en el tercer inciso de la regla segunda, dispone que "Si el -- proceso hubiere sido sometido a conocimiento del jurado, se -- consignará el veredicto y se dirá que el fallo se funda en él, sin que el Juez haga valoración sobre la prueba rendida respecto al cuerpo del delito y la delincuencia, pero deberá valorar la relativa a las circunstancias modificativas de responsabilidad".

Sentenciar en contra de lo resuelto en el veredicto da lugar a casación de conformidad al No. 7 del Art. 573 CPP.

3 - Sentencias en Segunda Instancia.

Para estudiar estas sentencias nos basaremos en las que son puestas en el recurso de apelación, por ser el más amplio que puede darse en esta Instancia.

Es necesario recordar que la Segunda Instancia no constituye un nuevo juicio, sino una segunda fase del mismo juicio -- en que la discusión queda reducida a determinados puntos y la oportunidad de probar se da también sólo para ciertos y determinados casos. Sin embargo, en lo penal el examen es más amplio, pero siempre con limitaciones.

Por eso, el primer estudio que debe hacerse es sobre la -- potestad del tribunal para conocer y resolver, porque según -- sea esta potestad así será el contenido de la sentencia.

a) Potestad Jurisdiccional del Tribunal.

Como ya dije, esta potestad es más amplia en lo penal que en lo civil.

En efecto, el Art. 1026 Pr., dice: "las sentencias definitivas del Tribunal se circunscribirán precisamente a los puntos apelados y a aquéllos que debieron haber sido decididos y no lo fueron en Primera Instancia, sin embargo de haber sido -propuesto y ventilados por las partes.

En cambio, el Art. 548 CPP., dice:

"El Tribunal de Segunda Instancia en las causas que conoce en apelación o en consulta está obligado a examinar la sentencia en todos sus aspectos legales, sin estar limitado a los puntos propuestos y alegados por el recurrente si hubiere apelación.

Según sea de derecho, puede confirmar la sentencia, reformarla, revocarla o declararla nula ordenando su reposición".

En consecuencia, el Tribunal está obligado a hacer un amplio examen de la causa tanto en caso de consulta como en el de apelación. No obstante, siempre existen limitaciones en --- cuanto a la recepción de prueba, de conformidad al Art. 535 CPP que dice:

"En las causas sujetas a conocimiento del tribunal del jurado las partes podrán solicitar la recepción a prueba de la -causa, si se alegare nulidad del veredicto de acuerdo con los números quinto, sexto y séptimo del Art. 390.

En las demás causas las partes podrán solicitarla en los siguientes casos:

1o.) Cuando se alegue algún hecho nuevo ignorado antes de la interposición del recurso y que pueda influir en la sentencia; y

2o.) Cuando no se hubiere recibido la prueba ofrecida dentro de la primera mitad del término probatorio en primera instancia, por causas ajenas a la voluntad del solicitante o por haberse denegado indebidamente por el Juez.

La solicitud deberá hacerse al expresar o contestar agravios y en todo caso el término de prueba será de ocho días y únicamente podrá producirse la prueba pertinente a los puntos alegados".

Por consiguiente, el primer estudio planteado se resuelve concediendo al tribunal de Segunda Instancia la más amplia potestad para conocer de los procesos, con limitación respecto de las circunstancias en que puede abrirse a pruebas el incidente. La ley determina los casos de consulta y apelación.

b) Formalidades.

Por regla general, las formalidades para la sentencia de Segunda Instancia, ya sea en consulta o apelación, son las mismas que para la de Primera Instancia en lo que pueda aplicarse. Por consiguiente, es útil todo lo dicho anteriormente en esta tesis respecto de la sentencia de Primera Instancia. La omisión de las formalidades produce los mismos efectos. Sin embargo, debe omitirse la relación detallada de la prueba si ha sido hecha correctamente por el Tribunal inferior, haciendo mención expresa de ello en la sentencia, Art. 547 CPP. y 428 Pr.

Debo aclarar, sin embargo, que la sentencia definitiva de los tribunales superiores se hace por "VISTOS"; se pone "VISTOS LOS AUTOS" y luego se sigue con "CONSIDERANDO". Finalmente "EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR", viene la parte dispositiva, que no dice "Fallo" sino que se escribe "DIJERON", - por razón de que la sentencia de segunda instancia es pronunciada con anterioridad por los Magistrados, como Tribunal Colegiado, cuando llegan a un acuerdo sobre ella, Art. 428 Pr.

Los Magistrados sólo rubrican los Decretos de Sustanciación, Art. 429 Pr.; en la Cámara es el Primer Magistrado quien lleva la sustanciación del proceso, Art. 430 Pr. La Sentencia

definitiva debe llevar firma entera, Art. 429 Pr., no así las sentencias interlocutorias, decretos de sustanciación y demás diligencias que sólo llevan media firma.

La sentencia definitiva tiene normalmente el siguiente -- formato:

"CAMARA _____ DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO: -- San Salvador, a las _____ horas del día _____ de mil novecien-
tos setenta y _____.

Visto el incidente de apelación de (el auto de sobresei-
miento, auto de elevación a plenario, sentencia definitiva, etc.)
pronunciado por el señor Juez _____ de Primera Instancia de
_____ en la criminal contra _____ por el delito de _____
en perjuicio de _____.

Han intervenido en este incidente el doctor _____
como defensor del reo _____ y el Fiscal de Cámara adscrito
doctor _____.

VISTOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

1o.) La sentencia recurrida fue pronunciada a las _____
horas del día _____ y notificada al defensor doctor _____
a las _____ horas del día _____, quien no conforme con lo
resuelto interpuso apelación mediante escrito presentado a las
_____ horas del día _____ habiendo admitido la apelación
el Juez _____ y emplazado a las partes para que concurrie-
ran a hacer uso de su derecho, resolución que fue notificada a
las _____ horas del día _____ de mil novecientos-_____.

2o.) El defensor del reo, doctor _____, se mostró parte
en este incidente el día _____, se le tuvo por parte, se -

le dió traslado para que expresara agravios y al hacer uso de su derecho dijo: "" _____ "".

3o.) Se dió traslado al Fiscal de Cámara doctor _____ y en su contestación de agravios dijo: "" _____ "".

4o.) Esta Cámara considera _____.

En este numeral la Cámara hace su razonamiento jurídico, que muchas veces ha empezado a elaborarse desde los numerales anteriores. Así, como por ejemplo, el análisis de la oportunidad de la apelación o algún análisis respecto de la resolución pronunciada por el Juez de Primera Instancia. Pero en definitiva, es aquí donde la Cámara manifiesta su criterio y pone las bases para el fallo. Se analiza si la resolución era o no apelable, si el criterio del Juez era legal y suficientemente fundamentado; se aceptan o rechazan los argumentos aducidos por las partes en sus respectivos escritos, se complementan o se manifiestan los razonamientos correspondientes si aquéllos no eran acertados; se fijan también las partes de la sentencia que la Cámara se abstendrá de conocer por ser resoluciones que no son consultables y finalmente se anuncia la resolución que se pone en el siguiente numeral, admitiendo o rechazando la apelación y resolviendo de oficio sobre puntos que se hayan conocido en consulta y todo lo que sea consecuencia de ello.

5o.) POR CONSIGUIENTE, de conformidad a los Arts. _____ y disposiciones legales ya citadas, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, DIJERON: Confírmase la sentencia venida en apelación por haber sido dictada conforme a derecho. Condénase al apelante a pagar las costas causadas en esta instancia. Póngase en libertad al imputado sin necesidad de fianza. NOTIFIQUESE."

Cuando el recurso de casación no es procedente se ordena

devolver el proceso al Juzgado de su origen con certificación de la sentencia pronunciada, Art. 547 PPP. inciso 2o.. En el literal "f" me refiero específicamente a ésto.

La sentencia es firmada por los Magistrados y el Secretario de la Cámara agrega: "Pronunciada por los señores Magistrados que la suscriben" y la autoriza con su firma.

c) Plazo para resolver.

Las causas que se reciben en apelación se resuelven en el plazo de quince días de evacuado el traslado para contestar agravios o dentro de los treinta días de finalizado el término de prueba, Inciso 1o. del Art. 546.

Las causas que se reciben en consulta se resuelven dentro de treinta días de recibido el proceso; Inciso 2o. Art. 546.

La sentencia en el recurso de revisión se acuerda dentro de los veinte días siguientes a la última diligencia, que consiste en las audiencias que se dan al Fiscal y al Acusador Particular, al Defensor o al Procurador de Pobres en su defecto, por su orden; Art. 612 CPP.

d) Contenido del FALLO. Consulta, Apelación, Revisión.

En general, hecho el examen de la causa y de la sentencia, el Tribunal puede confirmar la sentencia, reformarla, revocarla o declararla nula, ordenando su reposición, según sea de de recho. Las resoluciones varían según el caso y según se trate de consulta, apelación o revisión.

Ya he dicho que en los casos de apelación el Tribunal debe examinar no sólo los puntos apelados sino la totalidad de la causa y que en la sentencia deben pronunciarse expresamente sobre los puntos propuestos por el apelante.

En los casos en que se alega algunas de las nulidades del veredicto se declara nulo éste, si fuere procedente, y consecuentemente la sentencia; se manda a reponer el proceso desde el primer acto válido, condenando al Juez en las costas de la reposición y aún en los daños y perjuicios que pudieren resultar, Art. 549 CPP. y 390 CPP.

En el caso de revisión, también las sentencias pueden ser diferentes. Así, en los casos de sentencias contradictorias, -- cuando hay dos o más personas condenadas por delito que sólo pudo ser cometida por una de ellas, se anulan ambas, Art. 606 No. 1 y 613 CPP. Además se decide sobre la competencia, porque en la misma sentencia se ordena instruir de nuevo la causa señalando al Juez a quien corresponda dicho conocimiento, aplicando para ello las reglas generales de competencia. Art. 613 CPP.

En caso de revisión por haberse dictado una sentencia sin aplicar irrestrictamente una ley penal más benigna, de la que no se hubiese recurrido en apelación o casación, se reforma la sentencia y se impone la pena que corresponde. Art. 613 CPP., inciso 3o.

En los demás casos de revisión se anula la sentencia y se ordena la inmediata libertad del condenado, porque son casos -- en que consta la inexistencia del delito o se hace evidente la inocencia del condenado. Art. 613 CPP. inciso 2o.

Además, como en la sentencia de primera instancia, debe resolverse sobre las costas y demás condenaciones accesorias a que me refiero en el siguiente literal.

Por último, cuando no procede casación se ordena la devolución del proceso con la certificación correspondiente y, en algunos casos, librar la ejecutoria de ley.

La omisión de algunos de los puntos que debieron haber si

do resueltos en la sentencia da lugar a casación. Art. 572 No. 8, CPP.

e) Condenaciones accesorias. Costas.

Si el tribunal de primera instancia no hubiese hecho la condenación en costas que era pertinente, debe hacerlo el de segunda; además agregará las costas propias de la segunda instancia.

Al referirnos a la sentencia de primera instancia y analizando específicamente el Art. 507 CPP., decía que hay otras condenaciones, llamadas accesorias por no constituir lo principal de la causa, que también deben resolverse en la sentencia. Así, por ejemplo: la restitución de la cosa, el comiso, multas que se impongan a las partes, costas, reparación del daño causado, etc. Como es natural, si tales condenaciones no se hicieren en la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior debe pronunciarse sobre ellas.

Entre artículos relativos a las costas encontramos el Art. 393 CPP., que en su inciso 2o. dice: "Si el veredicto fuere declarado nulo en segunda instancia o en casación, los jurados y los funcionarios culpables serán condenados por el tribunal que declare la nulidad en las costas, daños y perjuicios causados a las partes", También el Art. 59 inciso 5o. que condena en costas al ofendido que desista de la acusación.

En cuanto a las costas propias de la segunda instancia se aplica, en principio, la regla general contenida en el Art. --439 Pr., en lo relativo al demandante que no pruebe su acción o la abandone, al demandado que no pruebe su excepción o sea condenado en lo principal y al contumaz contra quien se pronuncia la sentencia, que, para el caso de Segunda Instancia, se refiere al apelante y al apelado; en igual forma si se comprue

ba que una de las partes obró de malicia o que su demanda o excepción es inepta, se le condena a los daños y perjuicios.

Además, se aplican las reglas especiales contenidas en -- los Arts. 1090, 1091, 1092 y 1093 del Pr., que se resumen así:

I.- Si la sentencia se considera en todo arreglada a derecho se condena al apelante en las costas ocasionadas a la parte contraria.

II.- Si la sentencia se considera ajustada a derecho en unas partes y en otras contraria a la ley o diminuta, no se condena en costas. Es decir, que el apelante triunfa en alguna de sus pretensiones y no soporta las costas.

III.- Si el apelante triunfa en todos los puntos, la parte contraria se condena en costas.

IV.- Si la sentencia ha sido pronunciada contra ley expresa y terminante, se condena al Juez en las costas, daños y perjuicios del recurso, Art. 1093.

V.- Si la sentencia es injusta en todas sus partes pero -- sin contrariar una ley expresa y terminante, triunfando por consiguiente el apelante en su pretensión, se condena en costas -- al apelado.

Sentencia injusta, en este caso, es aquélla en que el Juez no comete un error de derecho sino de hecho; por ejemplo, cuando considera en la sentencia que no existe parentesco entre el testigo de cargo y el reo, apareciendo lo contrario en el proceso mediante certificación de la partida correspondiente. Es decir, que no es el caso de que el Juez considere que aún siendo el testigo pariente en primer grado de consanguinidad puede declarar contra el reo, sino que equivocadamente, considera -- que no son parientes. Es un error de hecho y no de derecho.

f) Devolución del Proceso.

El proceso se remite original por el Juzgado de Primera Instancia a la Cámara que corresponda, cerrado, sellado y con la correspondiente nota expresiva de su foliaje, emplazando antes a las partes para que ocurran a usar de su derecho, Art. 724 y 522 CPP.

Los interesados deben mostrarse parte ante la Cámara en el incidente respectivo dentro del término señalado, haya sido enviado o no el proceso, so pena de deserción en el caso de delito no perseguible de oficio y siendo apelante el acusador, Art. 531 P.P. En los demás casos los traslados se realizan al Fiscal de Cámara y al Procurador de Pobres adscrito a la misma, Art. 530 CPP.

La Cámara inicia el expediente del incidente de que se trate con el oficio de remisión del proceso y con el escrito en que cualquiera de las partes se muestre como tal en el incidente y, cumplido el plazo en que ello puede y debe efectuarse, continúa la tramitación hasta la sentencia.

En cuanto a la devolución del proceso, al hablar del fallo dije que es en la misma sentencia donde se ordena tal devolución. Sin embargo, es necesario aclarar que ello es así sólo cuando no procede el recurso de casación, Art. 547 CPP., inciso segundo; de lo contrario, si la casación es procedente, no se resuelve sobre dicha devolución en la sentencia, sino que la Cámara debe esperar tres días después de notificada aquélla para ver si alguna de las partes comunica al tribunal que interpondrá casación; pasados esos tres días, sin haberse recibido dicha comunicación, la parte pierde su derecho de interponer el recurso y la Cámara, previo informe de la Secretaría, declara ejecutoriada la sentencia y ordena la devolución del proceso con certificación. Art. 577 y 580 CPP.

El informe de la Secretaría puede ser redactado así:

"HONORABLE CAMARA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO:

Atentamente informe al Tribunal que el día _____ notifi-
qué a las partes la anterior sentencia y que el día _____
venció el plazo para que pudieran comunicar que interpondrían -
casación."Art. 577 y 580 CPP.

La Cámara con base en dicho informe pone un auto como el -
siguiente:

"CAMARA PRIMERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO:

En San Salvador, a las _____ horas del día _____ etc.

Visto el informe anterior, declárase ejecutoriada la sen--
tencia pronunciada en favor de _____ por el delito de _____
en perjuicio de _____.

Devuélvase el proceso al Juzgado de su origen con certifi-
cación de dicha sentencia y de la presente resolución. NOTIFI--
QUESE."

La parte que comunica que interpondrá recurso de casación
debe presentar el escrito que contenga el recurso dentro de los
quince días siguientes al de la comunicación o pierde su dere--
cho y, en este caso, también se declara ejecutoriada la senten-
cia previo informe de la Secretaría, Art. 480 CPP. Para éste y
el anterior efecto, el Secretario lleva un libro para computar -
el principio y finalización de los plazos, Art. 580 CPP., inci-
so 2o.

El informe de la Secretaría dice así:

"HONORABLE CAMARA PRIMERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCION DEL
CENTRO:

Atentamente informo que el día _____ el Dr. _____ co

municó que interpondría casación de la sentencia pronunciada - por el Tribunal a las _____ y que el día _____ venció el --- plazo para que se presentara el escrito de interposición co--- rrespondiente. Art. 578 y 580 CPP."

La Cámara pone el auto declarando ejecutoriada la sentencia y ordenando la devolución con certificación.

El libramiento de ejecutoria constituye punto especial.

TESIS: La Cámara debe ordenar que se libre ejecutoria --- cuando ésta sea necesaria para el cumplimiento de la parte de la sentencia relativa a restitución, indemnización de daños y perjuicios y pago de costas procesales.

El Art. 547 CPP., en su inciso 2o. dice "que cuando no -- procediere el recurso de casación se ordenará devolver el proceso al Juzgado de su origen, con certificación de la senten-- cia pronunciada". Por eso la Cámara no ordena que se libre la ejecutoria. Pero el Art. 1060 Pr., ordena que al concluir la - sentencia se resuelva: "devuélvase el proceso al Juzgado de su origen, con certificación de esta sentencia; y líbrense la eje- cutoria de ley"

La Cámara no ordena que se libre ejecutoria porque consi- dera que la misma certificación de sentencia constituye ejecu- toria y debe ser cumplida o ejecutada irremisiblemente por el Tribunal inferior de conformidad a lo dispuesto por los Arts. del 618 al 628 CPP.

Sin embargo, tales disposiciones se refieren a la ejecu-- ción penal, porque respecto de la ejecución civil el Art. 629 CPP. dice: "Las condenas a restitución y al pago de reparación de daños, indemnización de perjuicios y satisfacción de costas fijadas de conformidad al Art. 508 se harán efectivas por el -

mismo juez que pronunció la sentencia de primera instancia, siguiendo las normas del procedimiento establecido para el juicio ejecutivo en las leyes procesales civiles".

Aquí es donde surge el problema. Es necesario determinar:

1o.) Si para dicha ejecución civil el juez de lo penal necesita que se le presente ejecutoria de la sentencia correspondiente; y

2o.) Si es rigurosamente cierto que para la ejecución civil se siguen las normas del juicio ejecutivo o las llamadas diligencias de cumplimiento de sentencia.

Es sabido que en los procedimientos civiles hay dos formas de ejecución de la sentencia; la del juicio ejecutivo con todos sus trámites de conformidad a los Arts. 587 No. 4 y 591 No. 1 Pr., y el procedimiento de cumplimiento de sentencia de conformidad al Art. 450 Pr., en el que se omiten los trámites de citación de remate, término del encargado y sentencia de remate, practicándose todos los demás del juicio ejecutivo.

En cualquiera de los dos casos se necesita presentar la ejecutoria. En efecto el Art. 587 Pr. dice: "los instrumentos que traen aparejada ejecución pertenecen a cuatro clases, a saber: 4a. La sentencia." El Art. 591 Pr. dice: "A la cuarta clase pertenecen: "1o. Las ejecutorias de la sentencia de los tribunales, Jueces de Primera Instancia y de Paz, Arbitros y Arbitradores con tal que no esté prescrita la acción ejecutiva".-- Por otra parte, al referirse a la ejecución de la sentencia, el Art. 442 Pr. dice que toda sentencia que cause ejecutoria debe cumplirse y ejecutarse por las partes dentro de los tres días de su notificación, agregando el Art. 443 en su inciso 1o. que "cuando la parte condenada no cumple la sentencia dentro de los tres días, el Juez de Primera Instancia procederá a petición de parte, a hacerla ejecutar; pero para ésto debe el victorio-

so presentarle la ejecutoria, salvo el caso del artículo 1061 en que se ejecutará con sólo la certificación de la sentencia". El caso de excepción se refiere a la apelación de la sentencia interlocutoria o de sentencia definitiva admitida sólo en el efecto devolutivo (no hay en lo penal), en cuyo caso la Cámara no libraría ejecutoria sino que sólo devuelve los autos con certificación de la sentencia. La apelación de sentencias definitivas, con excepción de las pronunciadas en juicio sumario de alimentos y la sentencia de remate en el juicio ejecutivo, son siempre suspensivas y procede librar ejecutoria. El Art. 450 Pr., agrega: "Presentado el victorioso con la ejecutoria correspondiente, se decretará el embargo de bienes y se omitirán los trámites de citación de remate, término del encargado y la sentencia de remate, practicándose todos los demás del juicio ejecutivo".

En consecuencia, respondo la primera pregunta en el sentido de que SE NECESITA LA EJECUTORIA para el cumplimiento de la sentencia en cuanto a las condenaciones civiles.

En cuanto a si debe seguirse el procedimiento del juicio ejecutivo o de cumplimiento de sentencia, es importante dejar establecido que NO PUEDE SEGUIRSE CUALQUIERA DE ELLOS INDISTINTAMENTE, sino que depende de la naturaleza de la sentencia.

En efecto, el juicio ejecutivo contiene la llamada "sentencia de remate" en la cual se resuelve sobre el pago de lo principal y sobre las costas daños y perjuicios, Art. 598 Pr.- Es una sentencia que condena al pago de lo mencionado y en cuya consecuencia se llega a la venta en pública subasta y remate de los bienes embargados. En cambio, cuando en otra clase de juicio se ha llegado a una sentencia que condena al pago de determinada cantidad, no debe seguirse juicio ejecutivo sino diligencias de cumplimiento de sentencia, en las que se omiten el término del encargado y la sentencia de remate, precisamen-

te por haber ya una sentencia que condena al pago. Si, por el contrario, la sentencia es declarativa, como cuando en un juicio civil ordinario se ha declarado que "X" es en deberle a "Y" la cantidad de cinco mil colones con plazo vencido a partir de determinada fecha, sólo puede seguirse el juicio ejecutivo correspondiente para que se condene al pago y no diligencias de cumplimiento de sentencia, porque sólo se ha declarado la existencia de la obligación pero no se ha condenado al pago.

En el caso de la sentencia penal, la sentencia es de condena a la restitución y al pago; por consiguiente deben seguirse diligencias de cumplimiento de sentencia y no de juicio ejecutivo como dice el Art. 329. Más, como de conformidad al Art. 711 CPP. se aplican las normas de procedimiento civil en lo que no se oponga a la doctrina que informa al Código Procesal Penal y a lo que estuviere expresamente regulado, estimo que el Juez puede seguir las diligencias de cumplimiento de sentencia que, en realidad, son parte de las que corresponden al juicio ejecutivo, por razón de economía procesal.

En resumen, se necesita siempre de la ejecutoria para cumplir la sentencia condenatoria, ya sea que se siga juicio ejecutivo o diligencia de cumplimiento de sentencia y, por consiguiente, la Cámara debe ordenar que se libere en aquellos casos en que haya condena a la restitución o al pago de costas, daños y perjuicios. Actualmente las Cámaras no ordenan en la sentencia que se extienda la ejecutoria sino que esperan que el interesado la pida para extenderla, lo que es un error.

g) Ejecución:

En parte nos hemos referido a ella en los últimos párrafos.

La ejecución de las sentencias le corresponde siempre al

tribunal inferior y no al superior, Art. 1097 Pr. Por consi---
guiente, la Cámara no puede ejecutar su propia sentencia.

Concordantemente, el Art. 618 CPP., dice: "Corresponde la ejecución de las sentencias ejecutoriadas al juez o tribunal - que haya conocido de la causa en primera instancia, teniendo - también competencia para resolver todas las cuestiones e inci- dentes que se susciten en la ejecución.

Al recibir el expediente con la sentencia pronunciada por la Cámara, el Juez de Primera Instancia pone un auto que dice: "Por recibido el juicio y certificación de sentencia a que se refiere el oficio anterior (oficio de remisión de la Cámara).- Cúmplase. Notifíquese."

Normalmente se usa: ""Por recibido, cúmplase. NOTIFIQUE-- SE"" o solamente "Cúmplase, notifíquese".

Además de esta resolución puede haber otras, como las re- lativas a que se prevenga al fiador que presente al reo, las - que ordenan que se practique el cómputo correspondiente, etc.; es decir, todas aquéllas que tengan por objeto dar cumplimien- to a la sentencia.

La notificación se refiere a ese mismo auto en que el --- Juez está resolviendo que se dé cumplimiento a la sentencia, - porque ésta ya ha sido notificada anteriormente. Lo que aquí - se hace saber es que debe cumplirse la sentencia y que el tri- bunal dará los pasos correspondientes para el cumplimiento de la misma, siguiendo los procedimientos indicados por la ley se gún se trate de pena de multa, privativa de libertad o pena de muerte. Pero la ejecución civil depende siempre de instancia- de parte.

Si la pena es de muerte hay unpprocedimiento especial por razón de la naturaleza de la pena y la conmutación e indulto - que debe interponer de oficio el Procurador General de Pobres. Art. 620 CPP., Arts. 621 y 622 CPP..

Si la pena es privativa de libertad se practica el cómputo, día por día, del tiempo que el condenado ha estado privado de libertad en cualquier calidad, y se determina la fecha en que cumplirá la totalidad de la condena y la fecha en que cumplirá el tiempo necesario de reclusión para poder obtener libertad condicional, si llenara los otros requisitos exigibles o condiciones necesarias, Art. 624 CPP.

Si la pena es de multa se cita al condenado para que la haga efectiva dentro de tercero día, o proponga la forma de hacerla por abonos en la forma que el juez determinará, autorizándolo, Art. 627 CPP.

En cuanto a la ejecución de las condenaciones civiles, ya dije que queda a potestad de la parte y que se sigue el procedimiento de cumplimiento de sentencia previa presentación de la ejecutoria correspondiente. Una vez notificado el auto de cumplimiento, la sentencia debe cumplirse en el término de tres días, según lo dice el Art. 442 Pr. "Toda sentencia que cause ejecutoria, es decir, de la cual no hay recurso, ya sea dada por los árbitros, por los Jueces de Primera Instancia o por los tribunales superiores, debe cumplirse y ejecutarse por las partes dentro de los tres días de su notificación. Si no se cumple voluntariamente, la parte puede solicitar el embargo previa presentación de la ejecutoria".

Puede alegarse inconformidad a la forma de cumplimiento de la sentencia en su aspecto civil, según el Art. 443 Pr.

h) Efectos

Los efectos de la sentencia ejecutoriada son todos éstos que he mencionado en cuanto a la ejecución de la sentencia definitiva. Si se trata de resoluciones de otro tipo, el efecto principal que se produce es el de causar ejecutoria y de pre-

cluir el proceso en la fase que corresponda, puesto que el tribunal inferior no puede modificar la sentencia del superior si no que debe darle cumplimiento y tampoco puede hacer retroceder el proceso. Ahora bien, como ya lo dije los efectos son diferentes de acuerdo a la naturaleza de la condena.

Los principales efectos de la sentencia definitiva ejecutoriada son:

- 1o.) Se produce la cosa juzgada;
- 2o.) Preclusión definitiva del proceso;
- 3o.) Extinción de la presunción de inocencia del imputado;
- 4o.) Cumplimiento coercitivo de la sentencia;
- 5o.) Inimpugnabilidad de la decisión; y
- 6o.) Comienza a correr la prescripción de las acciones civiles, y de la pena.

A continuación los analizo brevemente.

1) Autoridad de cosa juzgada.

La sentencia penal tiene también la cualidad de la cosa juzgada, que es una característica de ella y no un efecto. Más adelante, en punto especial, me refiero ampliamente a ella; pero debo anticipar que la cosa juzgada en materia penal presenta características especiales que, en determinadas circunstancias, permiten la modificación posterior de la sentencia ejecutoriada. Sin embargo, fuera de esos casos extraordinarios, es oponible como excepción y es causal de sobreseimiento, de conformidad a los artículos 282 No. 2, 275 No. 5 y 572 No. 2 del CPP.

2) Preclusión definitiva del proceso.

El proceso se desarrolla en un ordenamiento preestablecido por las leyes procesales que le otorgan armonía y unidad, -

de manera que unos actos procesales son supuestos o requisitos previos de otros, que son su consecuencia. Cada uno de los actos procesales o cada una de las fases del proceso precluye -- por sí mismo una vez realizado o pasado el término para realizarse, y, en esa forma, constituyen una especie de terminación parcial del proceso, o sería mejor decir de avance definitivo del proceso. Podemos decir que la preclusión del proceso consiste en que agotado el momento u oportunidad en que un acto procesal debe realizarse termina la posibilidad de realizar válidamente dicho acto, continuando el desarrollo del proceso a través de los actos posteriores. También se entiende por preclusión, el que una vez realizado un acto se elimina la posibilidad de que se realice de nuevo, porque la parte ya hizo uso de su derecho. El proceso no puede retroceder sino continuar su desarrollo. En este sentido, la cosa juzgada es la preclusión total del proceso, puesto que dictada la sentencia válidamente, el proceso no puede volverse atrás ni tiene más fases por recorrer.

3) Extinción de la presunción de inocencia del imputado.

El numeral primero del Art. 46 CPP., dice:

"El imputado tendrá derecho:

1o.) A que se le considere inocente mientras no se declare su culpabilidad por sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de las medidas que por razones de seguridad o de orden público determine la ley".

Este principio es consecuencia de la garantía de la vida, la libertad y el derecho de defensa establecida por la Constitución Política en los Arts. 163 y 164.

Desde que la sentencia queda ejecutoriada el imputado es legalmente cumpable y por consiguiente puede ejecutarse la sentencia en sus aspectos penales y civiles.

4) Cumplimiento coercitivo de la sentencia.

Para dar cumplimiento a la sentencia en lo relativo a la prisión se libran nuevas órdenes de captura, si se trata de un reo que no ha sido capturado. Si se encontraba gozando de ex--carcelación se previene su presentación y, en caso de no pre--sentarse, se hace efectiva la fianza que corresponda por medio de la Fiscalía General de la República y se libran nuevas órde--nes de captura, Arts. 254 y 262 CPP.

En el aspecto civil, se hacen efectivas las condenaciones mediante el procedimiento de cumplimiento de sentencia o de --juicio ejecutivo, según corresponda conforme lo expliqué ante--riormente. Art. 629 CPP. y siguientes.

5) Inimpugnabilidad de la decisión.

Precisamente por haber quedado ejecutoriada, la sentencia no admite ningún recurso en el juicio; ésto es rigurosamente --cierto. Se dice que la cosa juzgada presenta las característi--cas de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad; pero --en lo penal la característica de inmutabilidad no es absoluta, como luego veremos. En cambio, la inimpugnabilidad es absoluta; agotados los recursos dentro del proceso no puede intentarse --ningún otro de carácter extraordinario. Aún en el caso de fa--llos o sentencias contradictorias que dan lugar al recurso de revisión, se dice que la anulación de la sentencia no ataca al fallo sino que opera el principio "in dubio pro reo", o sea, --que las sentencias se anulan por haber duda sobre la culpabili--dad del procesado y no porque se trate de un recurso que ataca la sentencia. Me refiero a ello al hablar de la cosa juzgada.

6) Comienza a correr la prescripción de las acciones civi--les, y de la pena.

La reclamación de devolución de alguna cosa, de daños, --

costas e indemnización de perjuicios, está sujeta a las leyes - civiles, art. 629 CPP. Por consiguiente, a partir del momento en que la sentencia queda ejecutoriada comienza a correr el -- término de prescripción correspondiente, de conformidad al Art. 2253 C. que dice:

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la acción o derecho ha nacido".

El derecho se considera nacido desde que la sentencia -- queda ejecutoriada, es decir, desde que ya no admite ningún recurso, sea porque no existe en la ley o porque quien podía hacer uso de él no lo hizo; además debe cumplirse por el obligado a ello dentro de los tres días de su notificación. Pero si el favorecido por la sentencia no fue notificado de ella, la prescripción no ha corrido en su contra porque no tenía conocimiento de su derecho y puede pedir que se le notifique para hacerla efectiva, de conformidad al Art. 1248 Pr.

La prescripción de la pena comienza a correr "desde el día que se pronuncie la sentencia que cause ejecutoria", Art. 127 CPP., es decir, desde el día en que la Cámara pronuncia su sentencia. La prescripción de la acción penal, en cambio, comienza a correr desde el día en que se comete el delito, o desde la última actuación judicial si se ha iniciado el procedimiento. ¿Se favorecerá con la prescripción el reo que no ha tenido conocimiento de ella? Creo que sí, por aplicación de lo más favorable al reo. Siendo de oficio el procedimiento penal, también la prescripción debe declararse de oficio.

4) La cosa Juzgada.

"La cosa juzgada es la autoridad y la fuerza que la ley -

atribuye a la sentencia ejecutoriada. Entendemos por autoridad, la necesidad jurídica de que lo fallado en las sentencias se considere como irrevocable o inmutable, ya en el juicio en el que aquéllas se pronuncien, ya en otro diverso. La fuerza consiste en el poder coactivo que dimana de la cosa juzgada o sea en que deba cumplirse lo que ella ordena". (1)

"Diversas clases de Cosa Juzgada.-- Los jurisconsultos modernos sostienen que hay dos clases que llaman, respectivamente, cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera -- consiste en la fuerza y en la autoridad que tiene una sentencia ejecutoria en el juicio en que pronunció, pero no en juicio diverso. La cosa juzgada material es la contraria a la anterior y su eficacia trasciende a toda clase de juicios. Además, la primera puede ser destruída mediante los recursos extraordinarios que otorga la Ley contra las sentencias ejecutorias, y según algunos autores opinan, también puede serlo mediante un juicio autónomo que nulifique la sentencia base de la cosa juzgada. Esta distinción es muy importante, tanto desde el punto de vista técnico como del práctico, y no debe ser olvidada por el abogado postulante ni menos por el juez". (2)

La cosa juzgada material tiene este nombre porque además de los efectos procesales que produce, también engendrará otros de naturaleza sustantiva o material".

Literalmente la cosa juzgada podría entenderse como un objeto que ha sido motivo de un juicio".

Jurídicamente es "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla". (3)

(1) Eduardo Pallares. "Diccionario de Derecho Procesal Civil" Pág. 184

(2) IBIDEM. Pág. 185

(3) E.J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" Pág.

Se subraya que la cosa juzgada es una forma de autoridad. Autoridad de cosa juzgada es calidad o atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. Además de la autoridad, la cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia que se resume en --- tres aspectos: inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad.

Es inimpugnable porque la ley prohíbe toda revisión de la misma materia y si se inicia puede detenerse oponiendo la excepción de cosa juzgada.

Es inmutable porque no pueden alterarse los términos de la sentencia por ningún tribunal; pero si pueden hacerlo las partes en cuanto a los derechos y obligaciones civiles contenidos en ella.

Es coercible porque es susceptible de ejecución si el acreedor lo solicita. La pena debe cumplirse necesariamente.

La cosa juzgada se impone por necesidad práctica de certeza en el sistema del derecho, porque si no existiera esa firmeza el Derecho no existiría. Hay una lucha entre las exigencias de verdad y las exigencias de firmeza y a esta lucha se ha dado diferentes soluciones.

"En el derecho penal la cosa juzgada no existe en su sentido de inmutabilidad, como impedimento de revisar un proceso -- concluído ante la presencia de un nuevo elemento fundamental de convicción."(1)

Tampoco existe cosa juzgada sustancial en lo contencioso administrativo y en las diligencias de jurisdicción voluntaria.

En lo penal se da la cosa juzgada formal pero no la material. La excepción de cosa juzgada puede hacerse valer única--

(1) Eugenio Florian. "Principios de Derecho Procesal Penal".- Pág. 450.

mente dentro del juicio; agotado éste y todas las posibilidades de impugnación de la sentencia, si no se opuso aquella excepción y se dictó una nueva sentencia que adquiere a su vez la autoridad de la cosa juzgada, aún siendo sobre el mismo hecho y contra la misma persona, ya no puede hacerse valer aquella excepción. Sólo queda la posibilidad de revisión, pero esto es diferente a la excepción de cosa juzgada, como posteriormente explico.

Para nuestra ley, sentencia ejecutoriada es aquélla que no admite ningún recurso. En efecto, el Art. 442 Pr., dice:

"Toda sentencia que cause ejecutoria, es decir, de la cual no hay ningún recurso, ya sea dada por los árbitros, por los Jueces de Primera Instancia o por los tribunales superiores, debe cumplirse y ejecutarse por las partes dentro de los tres días de su notificación".

En cuanto a las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, el Art. 445 Pr., dice:

"Los Jueces de Primera Instancia librarán también ejecutoria de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Reciben autoridad de cosa juzgada las sentencias:

- 1o.) Cuando las partes hacen un reconocimiento expreso de la pronunciada; y
- 2o.) Cuando consienten tácitamente en ella, no alzándose o no continuando sus recursos en el término que señalan las leyes".

Por regla general, toda sentencia ejecutoriada pasa en autoridad de cosa juzgada, pero existen excepciones. Así, por ejemplo, en el juicio sumario de alimentos, el Art. 833 Pr. dice que "La sentencia que concede los alimentos causa ejecutoria no obstante apelación" y el Art. 835 Pr. dice que "señalados los alimentos en juicio sumario pueden aún ventilarse en -

juicio ordinario.....sin que por ésto se suspenda la prestación de alimentos asignados en juicio sumario mientras en la vía ordinaria no se resuelva ejecutoriamente lo contrario". To da vía el Art. 836 dice que "la sentencia que ordena la prestación de alimentos podrá revocarse o reformarse siempre que fa l ten o varíen las facultades del alimentario".

Podemos afirmar, entonces, que la sentencia en juicio de alimentos, aunque es siempre ejecutoriada puesto que puede hacerse efectiva coactivamente, NUNCA PASA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

En lo penal se han afirmado tres posiciones:

- 1o.) - Que la sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada;
- 2o.) - Que la cosa juzgada tiene una naturaleza diferente en lo penal; y
- 3o.) - Que existe sólo cosa juzgada formal pero no material.

Antes de analizar estas posiciones, conviene notar que en materia civil para que se dé la excepción de cosa juzgada se exigen las clásicamente llamadas "tres identidades", que fueron establecidas por el Art. 1351 del Código de Napoleón, determinando que "la cosa demandada debe ser la misma; la demanda debe ser fundada sobre la misma causa; la demanda debe ser entre la misma parte". Comúnmente se denomina como identidad de cosa, de acción y de partes, trilogía que modernamente es discutida pero que se acepta como guía general.

Al hablar de la acumulación de autos el Art. 545 Pr. dice:

"La acumulación procede:

- 1o.) Cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios, cuya acumulación se pida, produzca excepción de cosa juzgada en el otro".

4o.) Cuando siguiéndose separadamente los pleitos, se divide la continencia de la causa".

Continencia de la causa es "la unidad y conexión que deben existir en todo juicio relativamente a la acción, a la cosa litigada, a la persona del juez, a la de los litigantes, a los trámites y al fallo definitivo". La continencia de la causa es lo que contiene o lleva en sí misma, su unidad.

El Art. 546 Pr., dice que "Se considera dividida la continencia de la causa:

1o.) Cuando haya entre los dos pleitos identidad de personas de cosas y acción;"

A continuación se dan otros casos que no son propiamente de identidad de causas sino de conexidad, porque no se dan las tres identidades sino solamente dos o una de ellas. Sin embargo, por razón de economía procesal se ha considerado que se -- rompe la continencia de la causa.

Basta lo anterior para comprender que en lo penal tal unidad puede existir o no en diferentes procesos sobre el mismo -- hecho, puesto que la investigación penal se refiere al delito y a los delincuentes. Puede ser que se trate de juzgar a una -- misma persona dos veces por el mismo delito, en cuyo caso habría identidad total de causas; o puede ser que se juzgue a una persona por el mismo delito porque el que se juzgó a otra -- anteriormente, en cuyo caso sólo habría identidad respecto del objeto del proceso penal: la investigación del delito y los responsables. Que tal cosa es posible está comprobado por el -- hecho de que se ha autorizado el recurso de Revisión para el caso de que se haya condenado a dos personas distintas en diferentes sentencias por un mismo delito, siendo por tanto evidente la contradicción.

De acuerdo a Giovanni Leone "la revisión no tiene ningún punto de contacto con el instituto de la cosa juzgada. Basta--

rá, para demostrar la separación de los dos institutos, observar que si la revisión operase en el terreno de la cosa juzgada, en caso de conflicto entre cosas juzgadas tendría que prevalecer el primer fallo y no el más favorable al condenado.--- Cuando en vía automática o en vía de resolución judicial la ley da prevalencia, no al primer fallo, sino secundum eventus litis (según el resultado de la litis) a uno de los dos, que puede ser también el segundo, no nos encontramos ya en el terreno de la cosa juzgada, sino en el terreno del favor rei".-- (1).

La sentencia en lo civil conlleva una presunción de verdad. No se dice que sea la verdad pero se presume que la sea, por ser deducida de un proceso llevado con todas las garantías posibles. Sin embargo, el sólo decir que es una presunción de verdad implica que se admite la posibilidad de que no sea la verdad y que exista en la realidad otra verdad que no ha sido la reconocida en la sentencia; pero la naturaleza de certidumbre del proceso obliga a reconocer como verdad lo resuelto en ella.

En el derecho penal, en cambio, esta presunción de verdad con posibilidad de una realidad diferente, no es admisible teóricamente. En el proceso penal se persigue la realidad histórica, la verdad real y no supuesta, la investigación apegada a los hechos de verdad, la certeza en relación a los hechos que se juzgan. Aunque siempre existe la posibilidad del error humano, se trata de eliminar toda incertidumbre mediante el principio "in dubio pro reo", que es común al civil, y el recurso de Revisión. Como consecuencia, la sentencia es revisable cuando aparezcan elementos de juicio que demuestren que ha habido error en el juzgamiento.

(1) "Derecho Procesal Penal". Página 331, Tercer Tomo.

Así, el Art. 275 CPP. dice:

"El Juez de Primera Instancia decretará sobreseimiento en los casos siguientes:

5o.) Por la extinción de responsabilidad penal o por la -
excepción cosa juzgada".

El Art. 282 CPP. dice:

"Las excepciones perentorias que podrán oponerse en el --
proceso penal para formar incidente de previo y especial pro--
nunciamiento, son las siguientes:

2o.) Haber sido juzgado el imputado con anterioridad por
la misma causa o hecho que hubiere dado origen al proceso".

Y el Art. 572 CPP. al referirse a la casación, dice:

"También se entenderá que hay motivo de fondo:

2o.) Cuando hubiere error al admitir o desestimar en la -
sentencia definitiva las excepciones perentorias de cosa juzga
da, prescripción, amnistía o indulto".

Es evidente que la cosa juzgada es tratada como una excep
ción que debe ser opuesta por la parte interesada. Sin embargo,
puede ser apreciada de oficio por el juez porque nadie puede -
ser procesado más de una vez por la misma infracción penal. Arts.
171 CP y 4 CPP. Existe la posibilidad de que, si no se alega
la excepción, o no se declara de oficio, se dicte una nueva sen--
tencia que a su vez adquiriría la autoridad de cosa juzgada y
contra la que ya no podría oponerse la autoridad de la primera
sentencia, sino únicamente el recurso de revisión, que opera ba
jo el principio de lo más favorable al reo, como lo expongo al
hablar de este recurso.

La naturaleza especial de la cosa juzgada en lo penal hace
que la sentencia pueda ser modificada por amnistía, indulto, con
mutación etc. Más adelante me refiero específicamente a estos --
puntos.

5 - Resoluciones extraordinarias que modifican la sentencia definitiva.

Aunque esta tesis versa sobre las SENTENCIAS EN SEGUNDA - INSTANCIA Y NULIDADES EN EL PROCESO PENAL, he creído conveniente, para completar el tema de la cosa juzgada, referirme a algunas instituciones y resoluciones que no son propiamente de carácter jurisdiccional y no pertenecen, en consecuencia, a ninguna instancia, pero que es necesario reparar en ellas por la enorme importancia que tienen.

Cabe aclarar, antes de entrar al desarrollo de este tema, que el término "modifican" lo he usado en este título en su sentido más amplio, comprendiendo cualquier variación de las condiciones originales de condena impuestas en las sentencias, de la pena o de la forma y tiempo en que ésta se cumpla.

Por consiguiente, aunque ya he dicho que la cosa juzgada en materia penal tiene una naturaleza especial, no debe entenderse, excepto en el caso de revisión alguna vez, que se reabre la instancia o la controversia, sino que se introduce una variación cualquiera en la forma que estaba supuesta la sentencia a tener cumplimiento o que se suprimen totalmente sus efectos. Además, vamos a referirnos a algunos casos de aparente modificación de la sentencia.

Aclarado lo anterior, paso al estudio concreto de estos casos.

A) Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

De conformidad a los artículos del 87 al 93 del Código Penal, el juez, al condenar a un reo a una pena no mayor de tres años de prisión, puede suspender la ejecución de la pena si, además, se reúnen ciertos requisitos tales como que no sea reincidente, que no existan agravantes, etc. , y además, que se sujete el condenado a ciertas condiciones que el juez fija, ta--

les como abstenerse de bebidas embriagantes y comprometerse a reparar el daño dentro de los plazos y en las formas que se le fijan, durante un período de prueba que durará de dos a seis años.

La suspensión de las penas no se extiende a las penas accesorias ni a los casos de conversión de penas. Art. 87 Pn. final.

Como es claro, la suspensión se efectúa en la misma sentencia condenatoria, Art. 87 CP., y, por consiguiente NO ES UN CASO DE MODIFICACION o, si acaso, sería modificación hecha en la misma sentencia, puesto que "transcurrido el período de prueba sin que se hubiere revocado la suspensión condicional, se tendrá por cumplida la pena impuesta en la sentencia. Una pena de prisión se ha cumplido de manera diferente.

Sí habría modificación en el caso específico señalado por Art. 637 CPP., cuando ya ejecutoriada la sentencia, el juez ordena la suspensión de la pena a petición de parte o de oficio.

Dicho auto es apelable en ambas efectos.

b) Libertad condicional.

De conformidad a los artículos del 94 al 100 del Código Penal, el juez puede conceder la libertad condicional del delincuente primario condenado a más de tres años de prisión --- cuando hubiere cumplido las dos terceras partes de la pena si fuere primario y las tres cuartas partes de la totalidad de --- las penas impuestas por concurso real de delitos, siempre que cumpla, además, con otras condiciones similares a las de ---- suspensión de la pena, como son buena conducta, que haya satisfecho total o parcialmente, de acuerdo a su capacidad económica, los daños y perjuicios a que hubiere sido condenado y que se someta a condiciones similares a las ya mencionadas, por un período igual al lapso que le falte para cumplir la pena más u

na tercera parte más. No pueden gozar de ese beneficio "los -- condenados por cualesquiera de los delitos de hurto simple, hurto calificado, robo, delitos contra la paz pública, secuestro, homicidio agravado en los casos establecidos en el No. 8 del - Art. 153 y los delitos contra la existencia y contra la organi- zación del Estado". Art. 94 Pn., inciso final.

El Art. 624 del CPP. ordena al juez que al recibir la cer- tificación de la sentencia de la Cámara en que se impone una - pena de reclusión, haga el cómputo del tiempo que el reo ha es- tado en reclusión para calcular cuándo cumplirá su pena y cuán- do podría gozar de la libertad condicional. El juez, previo au- to en el proceso que lo ordena, efectúa el cómputo por medio -- de un acta que se notifica a las partes para que le hagan ob-- servaciones. No obstante ello, para que efectivamente se conce- da la libertad condicional hay un procedimiento especial deter- minado por los artículos del 641 al 644 del CPP. y una resolu- ción que la conceda; además, existe la posibilidad de que no - se conceda dicha libertad si el reo no ha tenido una buena con- ducta positiva o no reúne los otros requisitos necesarios. Por consiguiente, dicha resolución si CONSTITUYE UNA MODIFICACION de las condiciones originales en que se debía cumplir la pena, ya que "la libertad se tendrá como definitiva y la pena se con- siderará extinguida en su totalidad, si durante el período de prueba a que se refiere el artículo 96 no hubiere sido revoca- da la libertad condicional". Art. 100 CPP.

c) Amnistía

El concepto deriva de un vocablo griego que significa am- nesia o pérdida de la memoria. Es propiamente el olvido del de- lito y no el perdón. Se dice que es un acto del poder soberano más político que judicial; que es a veces un acto de justicia y, a veces, un acto de prudencia y de habilidad que restablece la paz y la concordia.

De acuerdo al Art. 47 de nuestra Constitución Política, numeral veintiséis, corresponde a la Asamblea Legislativa "conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte; y conceder indulto previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia".

La amnistía es de carácter general; no se concede especialmente a ninguna persona. Por esa razón el inciso final del Art. 649 dice que "si se tratare de conceder la amnistía cuando ya se ha pronunciado sentencia ejecutoriada y el hecho hubiere sido cometido en riña tumultuaria en que participaron veinte o más personas, no será obstáculo para conceder la gracia que en el proceso respectivo no se haya podido determinar los nombres de todos los participantes en la riña". De este mismo enunciado se deduce que la amnistía puede concederse antes de que se haya sentenciado el proceso, durante la tramitación del mismo y aún antes de que se haya iniciado, porque el artículo constitucional no hace distinción alguna.

La amnistía extingue tanto la acción penal como la pena.- Arts. 119 No. 2 y 120 No. 4 CP., pero puede ser absoluta o restringida; la restricción puede referirse a personas expresamente excluidas entre los participantes en delitos conexos con los que han motivado la gracia, no pudiendo hacer restricción alguna en cuanto a los participantes en el delito amnistiado, Art. 657. También puede referirse la restricción a que se deje subsistente la responsabilidad civil, Art. 654 y 62 lit. "d" - del CPP. Cuando no se ha iniciado proceso la amnistía lleva consigo la extinción de la responsabilidad civil, Art. 658 CPP.

La amnistía absoluta es irrevocable e irrenunciable; la restringida, aunque es irrevocable, puede ser renunciada por los agraciados y en dicho caso, se les juzga legalmente, Art 659 CPP.

La amnistía MODIFICA LA SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA en sus efectos.

El Art. 219 de la Constitución establece una limitación temporal para conceder amnistía a ciertos delitos contra la -- constitución y cometidos por funcionarios públicos.

d) Indulto.

Debe ser concedido por la Asamblea Legislativa de acuerdo al mismo Art. 47 No. 26 de la Constitución Política.

El indulto es la condonación, remisión o perdón de la pena.

El indulto extingue la pena, Art. 120 No. 5 CP., pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de reincidencia y demás que determina la ley. Además, en ningún caso alcanza a la responsabilidad civil, Art. 669 CPP. El indulto de la pena pecuniaria comprenderá la cantidad que aún no hubiere sido satisfecha, pero no comprenderá la devolución de la ya pagada, a no ser que así se determine expresamente, -- Art. 667 CPP.

Es de más amplia aplicación que la amnistía porque alcanza a toda clase de condenados por sentencia ejecutoriada, Art. 660 CPP., siempre con la limitación establecida por el Art. -- 219 de la Constitución.

No es general, sino de aplicación especial para cada persona, Art. 662 y 667 CPP., y necesita informe favorable de la Corte Suprema de Justicia, Art. 664 CPP.

No puede concederse antes de comenzar el proceso ni durante su instrucción.

Puede ser absoluto o restringido, Art. 666 CPP.

Es irrevocable. Art. 663 CPP.

Comprende la pena principal y las accesorias, con excepción de la rehabilitación de los derechos políticos que necesita declaración expresa, Art. 670 CPP.

El indulto tiene fundamento en la posible imperfección de las leyes y de la administración de justicia; trata de hacer efectiva la justicia atemperando la rigurosidad de las leyes.

Es claramente una MODIFICACION DE LA SENTENCIA DEFINITIVA, en los términos mencionados.

e) Conmutación.

El Diccionario de la Academia de la Lengua Española dice que conmutación es "trueque, cambio o permuta que se hace de una cosa por otra". De conmutación de pena dice que es el "indulto parcial que altera la naturaleza del castigo en favor del reo". (1)

Este concepto de ser un indulto parcial es propio de la legislación española. En el diccionario de Escriche leemos que conmutación es "el cambio de una pena incurrida por otra menos rigurosa, o la remisión de la pena en que ha sido condenado un delincuente, sustituyéndole otra menor; como cuando a la muerte natural se sustituye la muerte civil, o al presidio el destierro temporal, o a la prisión la multa". Un poco adelante agrega: "En principio, sólo al rey pertenece conmutar las penas pronunciadas judicialmente contra los criminales. Esta facultad está comprendida en el derecho de indultar que se le confiere por el Art. 47 de la Constitución de 1857, porque en lo más se contiene lo menos".

En nuestro sistema legal dicha facultad corresponde al Poder Ejecutivo, de acuerdo al Art. 78 No. 16 de la Constitución Política que dice que a tal poder corresponde: "Conmutar

penas, previo informe y dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia".

De acuerdo a los artículos 677 y 681 del CPP. la solicitud de conmutación se dirige al Ministerio de Justicia y es resuelta previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia y otras investigaciones respecto de la conducta del condenado. Si el informe de la Corte es desfavorable no puede concederse la conmutación, pero puede denegarse aún siendo favorable, Art. 681. Además, la Corte puede señalar límite a la rebaja, Art. 681, en cuyo caso no puede rebajarse más.

De acuerdo al Art. 675 CPP., la conmutación consiste en la sustitución de la pena principal impuesta por sentencia ejecutoriada por otra menor. Al igual que el indulto, puede otorgarse a los condenados por sentencia ejecutoriada por toda clase de delitos, Art. 675. Tampoco extingue la responsabilidad civil ni los efectos de la reincidencia, pero la modificación de la pena principal conlleva la de las penas accesorias que hubieren sido impuestas por el tiempo de la condena, Art. 682 CPP.

Característica especial de la conmutación es que, alguna vez, implica no sólo la rebaja de la pena sino el cambio de naturaleza de la misma, como cuando se conmuta la pena de muerte por la de prisión, Arts. 677 y 684 del CPP. y 59 CP., inciso segundo. Además, esta conmutación es especial porque la pena impuesta en sustitución es indeterminada entre veinte y treinta años y porque el juez puede poner en libertad al procesado en cualquier momento dentro de ese período siempre que diere muestras efectivas de haber adquirido hábitos de trabajo y de readaptación.

La conmutación se fundamenta, más que en razones jurídicas, en razones de índole moral "que ameriten considerar que

en la comisión del hecho medió algún estímulo poderoso o disculpable o que en el delito tuvo más parte la pasión, la miseria o el error, que la malicia y la depravación", Art. 687 CPP., aunque también pueden servir de fundamento para el dictamen otras razones poderosas de justicia y equidad. Según este mismo artículo las razones de índole jurídica podrán también servir de fundamento al informe favorable; yo creo que en tal caso el informe favorable debe darse obligatoriamente porque sería un absurdo dictaminar en contra de aquellas razones. Así sería, - por ejemplo, en el caso de que en la sentencia no se hubiese apreciado una circunstancia atenuante.

Sin embargo, la conmutación debe siempre solicitarse, aún por cualquier ciudadano a nombre del reo y sin necesidad de poder, Art. 676 CPP.; no puede concederse de oficio, ni aún en - el caso de haber sido recomendada la conmutación por el tribunal sentenciador.

La conmutación MODIFICA LA SENTENCIA DEFINITIVA.

VI.- EXEGESIS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES. RESUMEN.

1.- Casos de Consulta.

- Sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia, aunque las partes se conformen expresamente con ellas o no apelen, pronunciadas por delitos sancionados con pena de muerte o de prisión mayor a tres años, Art. 517 PP. En caso de apelación parcial, se conoce en consulta de la parte no apelada, Art. 548 PP. También se conoce en consulta si la apelación ha sido indebidamente admitida, como cuando se interpuso extemporáneamente o por quien no tenía derecho de hacerlo. Art. 527 No. 2 y 4 CPP.
- Los autos de sobreseimiento dictados en primera instancia -- por delitos sancionados con pena de muerte o de prisión mayor de tres años. La consulta de este auto se reserva para cuando se termine la causa y se consulte la sentencia definitiva o se apele de ella, cuando siendo varios los imputados se sobresea sólo a favor de uno o algunos de ellos y se eleve a plenario respecto de los demás, excepto que éstos apelen de la elevación a plenario, en cuyo caso la consulta se ordena en el auto de admisión del recurso y se resuelve al mismo tiempo que la apelación, Arts. 518 y 278 Pr. El Tribunal superior conoce en consulta del sobreseimiento, en los casos en que se reserva para hacerlo junto con la sentencia definitiva, aunque no lo ordene así el juez en el auto de consulta de la sentencia, Art. 548 PP. y 278 CPP.

2.- Casos de apelación.

Son apelables:

- Las sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia,

por toda clase de delitos y cualquiera que sea la pena. Art. 520.

Concretamente, en los diferentes juicios las disposiciones aplicables son las siguientes:

Art, 407: apelable la sentencia en juicio sumario.

Art. 413: apelable la sentencia en juicio verbal.

Art. 428: apelables las sentencias pronunciadas sobre los delitos de que conocen los jueces de hacienda, ya se trate de penas de tres años de prisión o más o de pena menor o de multa, por aplicarse las reglas comunes a los juicios ordinarios y sumarios. Art. 428.

Art. 438: apelables las sentencias pronunciadas por los jueces de paz en juicio verbal por las faltas de contrabando de alcohol, aguardiente, licores o mercaderías.

- El auto que deniega la excarcelación. Art. 250 No. 5.
- El auto de sobreseimiento en juicio ordinario. No es apelable la denegatoria de sobreseimiento. Arts. 278 y 280.
- El auto de elevación a plenario en juicio ordinario. Art. 298.
- El auto de sobreseimiento en juicio sumario. Art. 400.
- El auto de llamamiento a juicio en juicio sumario. Art. 403.
- El auto de sobreseimiento y de llamamiento a juicio en los juicios de que conocen los jueces de Hacienda. Art. 432.
- El auto que declara falta el hecho investigado. Art. 281.
- La resolución dictada sobre suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando se dicta estando ya ejecutoriada la sentencia. Art. 637

- Las resoluciones sobre solicitudes de modificación o sustitución de pena. Arts. 736 PP. y 525 No. 2 y 3 Pn.

Algunas veces se ha denegado la apelación en estos casos, porque el Art. 525 Pn., en su último párrafo decía: "Dichas resoluciones no serán apelables"; sin embargo había que considerar que el decreto que contiene el Código Procesal Penal es posterior al decreto que contiene el Código Penal y por tanto, la disposición del Art. 736 CPP. que admite la apelación en el caso en que el Código Penal la negaba, significaba una reforma tácita de esta disposición, aunque hayan entrado en vigencia - el mismo día. Posteriormente se derogó el Art. 525, incluida esa frase, resolviéndose el problema, pero anteriormente debió admitirse la apelación por ser lo más favorable al reo. Art. 14 Pn.

- La resolución que admita o desestime una excepción en juicio ordinario o sumario. Arts. 285 y 395 CPP.
- El auto que resuelve la suspensión del procedimiento en caso de usurpación no violenta. Art. 122 CPP.
- Las resoluciones pronunciadas por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, cuando conoce en primera instancia, en los casos que son apelables en los juicios comunes ordinarios y sumarios, por los delitos oficiales y comunes que cometan los funcionarios a que se refieren los artículos 414 y 415 PP. y Art. 417 CPP.
- El auto que declara inadmisibile la acusación por defecto de fondo en los casos de delitos de injuria y difamación cometidos por escrito y con publicidad. Art. 446 CPP.
- El auto que declara inadmisibile la acusación por defectos de forma en los casos de injuria y difamación cometidos por medio de transmisiones radiales o teledifundidas. Art. 456 CPP.

- El auto que declara, constituye o no constituye delito el cometido conforme el caso anterior o que el programa presentado es o no es el mismo que el transmitido o -- que ha sufrido alteraciones en lo esencial. Art. 461 CPP.

3.- Casos de Revisión.

Unicamente los señalados en el Artículo 606 PP.

4.- Nulidades Absolutas.

Las señaladas en el Art. 550 CPP. Además:

- No haberse autorizado el fallo en legal forma; Art.507 en relación al 1130 Pr.
- Haber pronunciado el fallo contra ley expresa y terminante; Art. 1130 Pr. en relación al 711 CPP.

5.- Nulidades Relativas.

Las señaladas en las páginas **92** y **93** de esta tesis.

VII.- JURISPRUDENCIA

1.- Es procedente revocar el sobreseimiento por no estar suficientemente depurado el informativo.

En caso de robo, son diligencias judiciales indispensables efectuar el valúo de lo robado y realizar las diligencias para investigar la preexistencia y el desaparecimiento de las cosas. Artículos 173 y 174 CPP.

Si no se recibe declaración jurada, el Juez debe razonar - en su resolución, la razón por la que omite hacerlo y asimismo, debe razonar cuando desestime un testimonio y no basta que no se tome en cuenta en la sentencia para que se considere, tá citamente, que el Juez la ha desestimado. Art. 488 y 498.

2.- Si un vehículo que había sido hurtado es abandonado sin haber sufrido daño o sustracción de sus partes y sin que conste que fue abandonado por desperfectos que impidan hacer uso de él, debe suponerse que se trata de un hurto de uso y no de un hurto calificado. Artículos 237, 238 No. 7 y 239 Pn.

Procede anular el veredicto y la sentencia correspondiente por haber sometido a conocimiento del jurado la causa como hurto calificado.

3.- Pronunciada en primera instancia la nulidad del proceso en cuanto al conocimiento del delito de estafa que se investiga junto con el de apropiación indebida, sobreseyéndose de este - último al estar depurado el informativo, la Cámara se abstiene de pronunciarse respecto del delito de estafa por no ser consultable la resolución de nulidad y por no haberse interpuesto apelación de dicha resolución.

4.- Es improcedente instruir proceso cuando la acción penal de penda de instancia privada, por aviso de un Juez Tutelar de Me nores o certificación de reconocimiento efectuado en dicho Tri bunal. La denuncia o aviso debe ser presentada por la representan tante legal o la persona que por cualquier causa tenga al me-- nor bajo su cuidado. Art. 213 Pn. y 551 y 552 PP. El proceso - es nulo.

5.- Sometido a conocimiento del jurado una causa por delito de hurto calificado y habiéndose dictado veredicto absolutorio es procedente absolver al imputado de la acusación penal, pero e- xistiendo prueba de la delincuencia por confesión y por habér- sele decomisado parte de lo hurtado, es procedente condenarlo a la restitución y al pago de los daños y perjuicios ocasiona- dos. Art. 131 Pn. y 508 PP.

6.- La figura delictiva de daño culposo no existe en nuestra legislación; el daño requiere dolo específico, Art. 253 Pn. Si se somete a conocimiento del jurado una causa como daño agravada do sin que esté comprobado el dolo específico, procede anular el veredicto por atipicidad del hecho, anular la sentencia y - sobreseer definitivamente a favor del imputado. Art. 390 No.1 CPP.

7.- Declarado nulo el proceso instruido por apropiación irregular por no haberse efectuado la denuncia o acusación de ley, - es improcedente ordenar la reposición del mismo porque depende de instancia privada. Art. 247 y 551 No. 2 Pn.; 275 y 298 CPP.

8.- Antes de elevar la causa a plenario, el Juez de lo Penal - está en la obligación primordial de examinar si el hecho que ha sido puesto en su conocimiento constituye delito de estafa,

administración fraudulenta, apropiación o retención indebida o apropiación irregular de conformidad a los Arts. 242, 243, 244, 245 y 246 Pn.

Presentado un contrato para la construcción de una obra, habiéndose iniciado y constando que el imputado se dedica a obras de tal naturaleza, es más que suficiente para considerar que se trata de incumplimiento de obligación civil.

Si la causa fue sometida a conocimiento del jurado es procedente anular el veredicto, anular la sentencia, revocar el auto de elevación a plenario y sobreseer definitivamente. Procede asimismo, condenar al juez en los daños y perjuicios ocasionados al imputado por la grave irregularidad de su actuación.

9.- Iniciado un proceso por delito de estafa conforme al Código de Instrucción Criminal derogado en que, por ser menor de doscientos colones, estaba sancionado con dos años de prisión mayor y sancionándola el actual Código con pena de uno a cinco años de prisión, debe entenderse que no podía condenarse a más pena que la anteriormente señalada por ser la más favorable al imputado, y por consiguiente, al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Penal debió dársele el trámite correspondiente a los juicios sumarios y no someter la causa a conocimiento del jurado. Procede, por consiguiente, anular el veredicto y la sentencia correspondiente y ordenar al juez que resuelva el caso sobreseyendo o decretando el auto de llamamiento a juicio correspondiente. Arts. 489 No.2 I; 394, 401, 525, 242 y 731 CPP.

10.- Procediendo haber conocido de una causa en juicio sumario por serle más favorable al imputado las penas contenidas en el Código de Instrucción Criminal ya derogado y habiéndose segui-

do por los trámites del juicio ordinario, es procedente anular el veredicto aunque sea absolutorio, anular la sentencia absolutoria, el auto de elevación a plenario y ordenar al Juez que conozca en juicio sumario ya sea sobreseyendo o decretando el auto de llamamiento a juicio correspondiente.

11.- Un sólo testigo no es suficiente para la comprobación del cuerpo del delito en aquéllos que no dejan señales, aunque si basta para la comprobación de la participación del imputado una vez establecida la existencia del delito con alguna otra -- prueba más. Art. 487, 488, 498 y 502 No. 1 PP. (Con este criterio se modificó el anterior que admitía que un sólo testigo --- comprobaba el cuerpo del delito en aquéllos de carácter formal, de conformidad al Art. 498 Inc. último. Sin embargo, no puede considerarse una posición definitiva).

12.- La prescripción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada comienza a contarse desde el día en que se pronuncie la sentencia que cause ejecutoria. Esta sentencia es la dictada por el tribunal de Primera Instancia cuando es confirmada por el de segunda, o la dictada por el de segunda cuando modifique la pena impuesta. Art. 127 Pn.

13.- Respecto de la prescripción de la pena de quince años de prisión impuesta por sentencia ejecutoriada existen dos criterios:

a) el que estima que dicha pena prescribe a los cinco años, por ser éste el criterio más favorable al reo, Arts. 14 Pn. y 1301 C.

b) el que estima que no hay término de prescripción señalado para la pena de quince años porque éste debe ser expreso

y que, no estando señalado ni en el Código Procesal Penal ni - en el Código Penal, no hay punto de comparación con respecto - al derogado Código de Instrucción Criminal como para que el -- Juez se encuentre en duda sobre cuál disposición aplicar para decidirse por la más favorable. Se trata de un caso en que no hay duda: no hay prescripción señalada para la pena de quince años de prisión. En consecuencia, no puede declararse prescripción en estos casos.

(Mediante reforma introducida por D.L. No. 381, publicado en el Diario Oficial No. 196, Tomo 257 de fecha 24 de octubre de 1977, se estableció como término de prescripción para toda pena privativa de libertad, un tiempo igual al de la condena - más una cuarta parte más, con lo que desapareció el problema, pero consideré conveniente incluir este caso porque creo que es interesante e ilustrativo para cuando se presenten otras si tuaciones semejantes).

VIII.- CONCLUSIONES

La sustitución total de los Códigos Penal y de Instrucción Criminal, vigentes desde 1904 y 1882, en la forma que conservaron durante tantos años, por los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal que entraron en vigencia a partir del primero de julio de mil novecientos setenta y cuatro, realizados éstos con una nueva mentalidad fundamentada en las modernas doctrinas criminológicas-penales y de procedimientos, introdujo un cambio fundamental en relación con las anteriores leyes, representado en el Código Penal por la introducción de la pena indeterminada e individualizada y en el Código Procesal Penal por el establecimiento de la Sana Crítica como sistema de apreciación de la prueba.

Esta renovación de los dos cuerpos de leyes que filosófica y técnicamente, en sí mismos considerados, constituyen un avance en los métodos legales para el mejor cumplimiento de los objetivos propios de la materia y de la justicia, trajo consigo incongruencias y vacíos que fueron señalados por los estudiosos del Derecho y sentidos por los litigantes y que, además, fueron agravados por la timidez con que los tribunales han tratado esta legislación, en forma restringida y no amplia como es el espíritu de ella en beneficio del reo y de las facultades del juzgador.

La necesidad de reformar ambos Códigos se impuso y se introdujo gran número de reformas mediante Decreto Legislativo No. 381, publicado en el Diario Oficial No. 196, Tomo 257 de fecha 24 de octubre de 1977. Tales reformas han solucionado gran parte de los vacíos y problemas que dichos Códigos presentaban, pero todavía habrá que realizar otras para obtener una legislación congruente y de fácil aplicación.

En esta tesis me he referido a algunos de los problemas que todavía existen y he planteado otros que son resultado de la reflexión jurídica sobre tales leyes. Al mismo tiempo he formulado algunas posibles soluciones.

Concretamente, opino que la interpretación de las leyes penales debe hacerse en la forma más amplia posible en todo aquello que sea favorable al reo para que el espíritu de justicia sea manifiesto, porque como en "Las miserias del Proceso Penal" dice Francesco Carnelutti, "Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes ; San Agustín ha escrito a este respecto una de sus páginas inmortales; la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura".

Los Juzgadores deben olvidar su estricta posición en lo relativo a la exclusividad de los procedimientos penales para admitir aquéllos derivados de los procedimientos civiles -- que sean compatibles, tal como lo indica el artículo 711 CPP.- Habría así lugar, por ejemplo, a apelar de la denegatoria de libertad condicional por ser una resolución que puede producir daño irreparable y cuya apelación no se admite actualmente por no estar expresamente establecida en el Código Procesal Penal.

En las futuras reformas debe mejorarse la sistematización de las irregularidades de los actos procesales y distinguir entre los inexistentes y los absolutamente nulos, para -- terminar definitivamente con las dudas y problemas sobre este punto. Además, debe realizarse la debida coordinación entre -- las resoluciones que están sujetas a apelación y las que se --

consideran dignas de casación y aclarar la redacción, o el contenido, de algunas disposiciones. Así, por ejemplo, la del No. 1 del Art. 569 CPP., que menciona como auto interlocutorio definitivo que admite casación, "el auto de sobreseimiento definitivo pronunciado en segunda instancia", existiendo duda sobre si también procedería casación sobre la resolución de la Cámara que confirme un auto de sobreseimiento pronunciado en primera instancia; igual sucede con el número cuatro del mismo artículo, que considera casable la resolución pronunciada por la Cámara que deniegue la libertad condicional, cuando esta resolución pronunciada en primera instancia no es apelable; en igual forma, queda duda sobre si procede casación cuando la Cámara no decreta la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en el caso establecido por el Art. 637 CPP.

Si alguna de las ideas contenidas en esta tesis sirviera, al menos, para promover la discusión sobre algún punto, me sentiría satisfecho y creería haber cumplido, en parte, mi deber hacia el Alma Mater y hacia la profesión a que me llevó mi vocación.

IX.- BIBLIOGRAFIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Eduardo J. Couture

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Eduardo Pallares

DICCIONARIO DE DERECHO USUAL

Guillermo Cabanellas

APUNTES DE DERECHO PROCESAL CIVIL SALVADOREÑO

Dr. René Padilla y Velasco

TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL

Giovanni Leone

PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Eugenio Florian

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Joaquín Escriche

PANORAMA DEL PENSAMIENTO JURIDICO EN EL SIGLO XX

Luis Recasens Siches

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO

Eugene Petit

LECCIONES DE DERECHO PENAL

Dr. Manuel Arrieta Gallegos

CASACION PENAL

Dr. Julio Fausto Fernández

LAS MISERIAS DEL PROCESO PENAL

Francisco Carnelutti

ENCICLOPEDIA JURIDICA (Editorial OMEBA).

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA (F. Seix, Editor).

CODIGO PROCESAL PENAL

CODIGO PENAL

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

REVISTAS JUDICIALES